

VU Research Portal

Afspraken met betrekking tot kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders. Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie

Antokolskaia, M.V.; Coenraad, L.M.

2006

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Antokolskaia, M. V., & Coenraad, L. M. (2006). *Afspraken met betrekking tot kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders. Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie*. WODC/VU.

http://www.wodc.nl/onderzoeken/scheiding_van_ongehuwde_ouders__1501_.asp?soort=publicatie&tab=pub

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

AFSPRAKEN MET BETREKKING TOT KINDEREN BIJ SCHEIDING VAN ONGEHUWDE/NIET-GEREGISTREERDE OUDERS

Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie

Prof. mr. M.V. Antokolskaia

Mr. L.M. Coenraad

Vrije Universiteit Amsterdam

Amsterdam, september 2006

Afspraken met betrekking tot kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders

Een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie

Prof. mr. M.V. Antokolskaia

Mr. L.M. Coenraad

INHOUDSOPGAVE

Nederlandse samenvatting	V
Engelse samenvatting	VIII
1 AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK	1
1.1 Probleemstelling en onderzoeksvragen	2
1.2 Methodologische verantwoording	3
2 SELECTIE VAN RELEVANTE EUROPESE LANDEN	6
2.1 Afspraken omtrent kinderen bij echtscheiding in Europa	6
2.2 Afspraken omtrent kinderen bij het beëindigen van informele relaties in Europa	7
3 AFSPRAKEN OMTRENT KINDEREN BIJ HET VERBREKEN VAN EEN INFORMELE RELATIE IN OOSTENRIJK, PORTUGAL, SLOVENIË EN SERVIË	10
3.1 Inleiding	10
3.2 Oostenrijk	10
3.2.1 Overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van een minderjarig kind	10
3.2.2 <i>Lex imperfecta</i>	12
3.2.3 Welke rol is de verplichte overeenkomst dan wel toebedeeld?	12
3.3 Portugal	13
3.3.1 Overeenkomst over het minderjarig kind	13
3.3.2 <i>Lex perfecta of lex imperfecta?</i>	15
3.3.3 Welke rol is de verplichte overeenkomst toebedeeld?	17
3.4 Slovenië	18
3.4.1 Gelijkwaardigheid tussen huwelijk en buiten-huwelijkse samenleving	18
3.4.2 Overeenkomst over de kinderen bij het verbreken van de relatie	18
3.4.3 <i>Lex imperfecta</i>	20
3.4.4 Welke rol is de verplichte overeenkomst dan wel toebedeeld?	21
3.5 Servië	21
3.5.1 Gelijkwaardigheid tussen huwelijk en buiten-huwelijkse samenleving	21

3.5.2	Overeenkomst over de kinderen bij het verbreken van de relatie	21
3.5.3	<i>Lex imperfecta</i>	22
3.5.4	Welke rol is de verplichte overeenkomst dan wel toebedeeld?	23
4.	VERGELIJKENDE ANALYSE OP BASIS VAN DE ONDERZOEKSVRAGEN 2, 3 EN 4	24

Bijlagen

Bijlage 1:	De informanten voor de vier geselecteerde landen	31
Bijlage 2:	Questionnaires en antwoorden	32
Bijlage 3:	Relevante wetteksten	46
Bijlage 4:	Lijst van geraadpleegde literatuur	50

SAMENVATTING

Momenteel ligt bij de Tweede Kamer het regeringsvoorstel inzake bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (Kamerstukken II 2004 - 2005, 30 145). Hierbij wordt onder meer voorgesteld dat het verzoekschrift tot echtscheiding of tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap een **ouderschapsplan** moet bevatten. Voor de naar schatting 18.000 kinderen die betrokken zijn bij een scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders stelt het wetsvoorstel vooralsnog het ouderschapsplan echter niet verplicht.

De doelstelling van dit onderzoek is het inwinnen van informatie uit het buitenland die ondersteuning kan bieden bij de discussie of iets dergelijks als een ouderschapsplan ook mogelijk en nuttig is in geval van uiteen gaan van ouders die noch gehuwd zijn noch in een geregistreerd partnerschap zijn verbonden en van informatie die nuttig kan zijn bij de uitwerking van een dergelijk idee.

Oostenrijk, Portugal, Servië en Slovenië zijn de enige landen in Europa die het maken van afspraken over de kinderen vereisen bij het verbreken van informele relaties. Het maken van deze afspraken is in deze landen een formele voorwaarde voor continuering van gezamenlijk gezag na scheiding.

Naar **Oostenrijks recht** is de overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind de enige afspraak die ouders bij het beëindigen van hun informele relatie omtrent hun minderjarige kinderen moeten maken (art. 167 lid 1 j° art. 177 lid 2 ABGB). Omdat informeel samenlevende ouders hun relatie in Oostenrijk ook op informele wijze kunnen beëindigen, zal de rechter doorgaans geen weet hebben van hun scheiding. Zolang de rechter niet op de hoogte is van het ontbreken van de overeenkomst, loopt het gezamenlijk gezag na scheiding gewoon door, ongeacht of de ouders daadwerkelijk de vereiste overeenkomst hebben gemaakt. De Oostenrijkse wetgever gedooft deze vorm van automatische voortzetting van gezamenlijk gezag.

De verplichting tot het sluiten van de overeenkomst is in deze gedoogperiode een *lex imperfecta*. Hiermee wordt bedoeld dat alle rechtshandelingen die door de gescheiden ouders in deze periode van voortgezet ouderschap zijn verricht, hun geldigheid behouden en deze niet met terugwerkende kracht verliezen.

Indien aan de rechter naderhand - bijvoorbeeld bij gerezen problemen tussen de ouders over het voortgezet ouderschap - mocht blijken dat ouders er niet in zijn geslaagd de vereiste overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind te maken, zal de rechter aan een van beide ouders het eenhoofd gezag toekennen. Anders dan in Nederland is de verplichte overeenkomst daarmee een formele voorwaarde voor voortzetting van gezamenlijk gezag na scheiding, hoewel de wetgever, bij gebrek aan controlemogelijkheden, automatische voortzetting van gezamenlijk gezag zonder overeenkomst gedooft.

Naar **Portugees recht** moeten ouders in geval van het verbreken van hun informele relatie een overeenkomst maken over de hoofdverblijfplaats van het kind, omgang en kinderalimentatie (art. 1912 j° 1905 van het Portugees BW). Net als in Oostenrijk is deze overeenkomst, formeel gezien, een voorwaarde voor voortgezet gezamenlijk gezag. De scheiding vindt echter op informele wijze plaats en daarom zal de rechter in de praktijk daarvan doorgaans geen weet hebben en kan het gezamenlijk gezag derhalve na scheiding gewoon doorlopen, terwijl de daarvoor formeel vereiste overeenkomst ontbreekt. Ook hier is weer sprake van gedogen.

De vraag rijst of de rechtshandelingen, verricht in de gedoogperiode door de ouder(s) die naderhand niet door de rechter met het gezag is (zijn) belast, rechtsgeldig zijn verricht en deze geldigheid ook behouden, of dat zij deze geldigheid met terugwerkende kracht verliezen.

Het antwoord op deze vraag is helaas niet met zekerheid te geven, nu zelfs de voor dit onderzoek geconsulteerde Portugese informanten, zij het met de nodige voorzichtigheid, lijken te willen suggereren dat de geldigheid van deze rechtshandelingen ‘may be questioned’.

Indien de rechter naderhand ontdekt dat de vereiste overeenkomst ontbreekt, leidt dit er, net als in Oostenrijk, (zo mogelijk na het beproeven van mediation) toe dat de rechter het eenhoofdig gezag toewijst aan een van beide ouders, of, in uitzonderlijke gevallen, aan een derde of aan een heropvoedings- of welzijnsinstituut.

Naar **Sloveens recht** moeten informeel samenwonende ouders die hun relatie verbreken een overeenkomst maken over het gezag, de opvoeding, kinderalimentatie, omgang, de hoofdverblijfplaats van het kind en de wijze waarop voor het kind bestemde goederen (bijvoorbeeld post) en informatie aan het kind zullen worden overgedragen (art. 105 MFRA). In Slovenië zijn duurzame informele relaties met het huwelijk juridisch gelijk gesteld. Toch geschiedt, net als in Oostenrijk en Portugal, het verbreken van informele relaties op informele wijze. Formeel gezien is de overeenkomst van art. 105 MFRA derhalve vereist voor voortgezet gezamenlijk gezag, maar *de facto* loopt de gezagstoestand van voor de scheiding gewoon automatisch door. De bevoegde autoriteiten vernemen de verbreking van de informele samenleving dikwijls pas als problemen tussen de ouders ontstaan zijn en ze zich tot de rechter of het *center for social work* wenden. Hierbij sluit aan dat ook in Slovenië de bepaling van art. 105 MFRA ten aanzien van informeel samenlevenden een *lex imperfecta* is, in die zin dat het niet voorziet in sancties in geval van schending daarvan.

Hoewel de naleving van de plicht een overeenkomst te sluiten in geval van het verbreken van een informele relatie niet te controleren is, schrijft de MFRA dit toch ook in dit geval voor ter voorkoming van discriminatie tussen kinderen die binnen dan wel buiten huwelijk zijn geboren. De verplichting strekt derhalve ter bevordering van verdere gelijkstelling van huwelijkse en buiten-huwelijkse relaties.

Ook in **Servië** zijn duurzame informele relaties met het huwelijk juridisch gelijkgesteld. Naar Servisch recht moeten informeel samenwonende ouders die hun relatie verbreken ook een overeenkomst maken over de toekomstige uitoefening van het gezamenlijk gezag. De omvang van een dergelijke overeenkomst is echter veel beperkter dan in Slovenië. Net als in Oostenrijk is het enig verplichte punt waarover overeenstemming moet bestaan de hoofdverblijfplaats van het kind (art. 76 (2) FA).

Hoewel de overeenkomst weliswaar een formeel vereiste voor het voortzetten van het gezamenlijk gezag is, kan de gezamenlijke gezagstoestand van vóór de scheiding na de scheiding *de facto* derhalve gewoon automatisch doorlopen, zonder de vereiste overeenkomst. De samenwonende partners kunnen hun relatie namelijk beëindigen zonder enige overheidsinstantie daarover te informeren. Net als in de overige drie door ons onderzochte landen, gedooft ook de Servische wetgever deze vorm van voortgezet gezag zonder de daarvoor vereiste overeenkomst. Ook in Servië is de regeling van art. 75-76 FA een *lex imperfecta*, omdat de wet niet voorziet in sancties in geval van schending daarvan gedurende de gedoogperiode.

Als de rechter naderhand echter ontdekt dat de ouders geen overeenkomst hebben kunnen bereiken, of de voorgestelde overeenkomst door de rechtbank is verworpen, wordt het gezag door de rechtbank aan een van de ouders toegekend.

Net als in Slovenië is de eis tot het sluiten van een overeenkomst aangaande de kinderen een uitvloeisel van de gelijkstelling van huwelijk en buitenhuwelijkse samenleving.

Concluderend: verspreid over de vier onderzochte landen, zijn vier belangrijke redenen aan te wijzen voor de invoering van een verplichting tot het sluiten van de overeenkomst over kinderen in het geval van het verbreken van informele relaties:

- a) Voorwaarde voor voortzetting van het gezamenlijk gezag na scheiding (alle vier de landen)
- b) Het streven naar volledig gelijke behandeling van de binnen en buiten huwelijk geboren kinderen (Slovenië en Servië).
- c) Verdere gelijkstelling van het huwelijk en de buiten-huwelijkse relatie als instituten (Slovenië en Servië).
- d) Bevordering van een goede verstandshouding tussen de partners (alle vier de landen).

Met betrekking tot de omvang van de vereiste overeenkomst vallen de vier onderzochte landen in twee groepen uiteen. In Portugal en Slovenië is een tamelijk omvangrijke overeenkomst vereist, vergelijkbaar met het in Nederland voorgestelde ouderschapsplan. In Oostenrijk en Servië is daarentegen slechts het bereiken van overeenstemming over de gewone verblijfplaats van het kind verplicht.

In geen van de vier landen is de vereiste overeenkomst een voorwaarde voor de scheiding. Wel is de overeenkomst in alle vier onderzochte landen een formele voorwaarde voor voortgezet gezamenlijk gezag. Nu vanwege het informele karakter van de scheiding mogelijkheden tot controle van naleving van deze voorwaarde ontbreken, kan het gezamenlijk gezag in de praktijk gewoon doorlopen, zonder de vereiste overeenkomst. Alle wetgevers gedogen deze situatie. In Oostenrijk en Slovenië is dit gedoogbeleid openlijk erkend. De houding in Portugal is, voor zover wij daarachter konden komen, meer aarzelend, maar komt in de praktijk op hetzelfde neer. In Servië is nog bijna geen ervaring opgedaan met de toepassing van de pas in 2005 in werking getreden regels.

Het ontbreken van wettelijke sancties op het niet-naleven van de verplichting om de bedoelde overeenkomst te maken, maakt de wettelijke regeling bovendien in alle vier de onderzochte landen tot een *lex imperfecta*.

Tegelijkertijd is tijdens het onderzoek naar voren gekomen, dat de verplichting tot het sluiten van de bedoelde overeenkomst niet een volledig dode letter is. In Oostenrijk was de wetgever zich er wel degelijk van bewust dat de rechter in de praktijk geen weet zal hebben van een informele scheiding en dat de rechter daardoor geen controle kan uitoefenen op naleving van de plicht tot het overleggen van een overeenkomst. Toch koos de Oostenrijkse wetgever voor invoering van die verplichting, aangezien zij een rol gaat spelen, indien de gescheiden ouders naderhand problemen omtrent de uitoefening van het gezag krijgen en een van beide ouders zich alsnog tot de rechter wendt. En in Slovenië blijken ouders soms vrijwillig de vereiste overeenkomst ter goedkeuring aan de rechter voor te leggen, om zo meer rechtszekerheid te krijgen.

ABSTRACT

There is currently a Governmental Bill of the Act *On Promoting Continuation of Parentage after Divorce and Responsible Divorce* before the Second Chamber of the Dutch Parliament (Kamerstukken II 2004 - 2005, 30 145). Among other things, this Bill states that every divorce or registered partnership dissolution petition should include a **parental plan**. As of now, this Bill contains no parental plan requirement for the approximately 18.000 children whose unmarried or unregistered parents are currently involved in the termination of their relationships.

The purpose of this research is to provide comparative information for use in further discussions concerning whether the introduction of parental plan requirement is also feasible and workable in of informal relationship terminations between the parents.

Austria, Portugal, Serbia and Slovenia appear to be the only European countries currently requiring arrangements to be made with regard to children involved in the termination of informal relationships. Such arrangements are a formal precondition for the continuation of joint parental responsibility after the termination of the relationships in these countries.

According to **Austrian law**, when informal relationships end, agreement on a child's residence is the only compulsory arrangement the parents are required to make with regard to their children, (art. 167 lid 1 j° art. 177 lid 2 ABGB). Because informal relationships can be ended informally in Austria, in most cases a judge would have no knowledge of such a termination. As long as a judge is not aware that the parents have failed to make a required arrangement regarding their children, the joint parental responsibility will simply continue on as it was, irrespective of whether the parents have, in fact, made such an arrangement. The Austrian legislature openly tolerates this form of automatic continuation of joint parental responsibility.

The requirement of making an arrangement with regard to children during this intermediary period is a *lex imperfecta*; therefore, all legal acts performed by the separated parents during this period are considered valid.

The judge can, of course, later discover that the parents have failed to reach a required agreement with regard to their child's residence. This can happen, for instance, if the parents would have disputes later concerning the exercise of joint parental responsibility. In this case the judge would bestow sole parental responsibility upon one of the parents. Differing from The Netherlands, compulsory agreement regarding children is a formal requirement for continuation of joint parental responsibility in cases involving termination of parental relationships in Austria. However, the lack of the possibility to execute control over the making of such agreements compels the legislature to tolerate *de facto* automatic continuation of joint parental responsibility when the required arrangements have not been made.

According to **Portuguese law**, informally cohabiting parents whose relationships end are required to make arrangements with regard to their child's residence, contact with the non-residential parent and child maintenance (art. 1912 j° 1905 van het Portugees BW). As in Austria, such an agreement is a formal requirement for the continuation of joint parental responsibility. As the termination of informal relationships is an informal matter, in practice a judge would almost never learn about it. In these cases, the joint parental responsibility simply *de facto* continues, without the legal requirement of making arrangement regarding children having been met. This situation can also be qualified as the toleration policy.

A question which arises is whether the legal acts performed by parents during this period of uncertainty retain their validity. There is, alas, no certain answer to this question. Our Portuguese respondents cautiously suggested that such acts later ‘may be questioned’.

If the judge later discovers that no arrangements with regard to children have been made and mediation fails to help the parents to come to an agreement, the judge, in the same fashion as in Austria, would grant sole parental custody to one of the parents. In exceptional cases parental responsibility can be granted to a third person or an institution.

According to **Slovenian law**, informally cohabiting parents who are separating are required to make an arrangement with regard to parental responsibility, education of the child, child maintenance, contact, child residence and providing the child with information (art. 105 MFRA). Durable cohabitation in Slovenia is legally equated with marriage. However, as in Austria and Portugal, ending an informal cohabitation takes place in an informal fashion. Formally speaking, the agreement prescribed by art. 105 MFRA is a formal requirement for the continuation of joint parental responsibility. However, in fact the same parental responsibility situation that had existed before the termination of the relationships simply continues. The competent authorities discover such terminations only if the parents themselves later ask the judge or the *Center for Social Work* to resolve their problems. Therefore it is possible to conclude that in Slovenia the requirements of the art. 105 MFRA with regard of cohabiting couples is also a *lex imperfecta*. The violation of this requirement is generally sanctionless.

Although it is not possible to control whether the informally terminating cohabitants fulfil the requirement to make an arrangement with regard to their children, the rationale behind this requirement is to avoid legal discrimination between marital and extramarital children. The requirement in question also serves to further equalise marriage and durable cohabitation.

Durable cohabitation according to **Serbian law** is also equated to marriage. Parents ending an informal cohabitation are required to make an agreement with regard to the future execution of their parental responsibility. The scope of such agreement is more limited than in Slovenia. As in Austria, the only compulsory item is the arrangement regarding the child’s residence (art. 76 (2) FA).

However, such an agreement is a formal requirement for continuation of joint parental responsibility; in fact the situation with parental responsibility before the termination of the relationships *de facto* simply goes on, even in the absence of the required agreement. This has, again, to do with the fact that the informal cohabitants are free to end their relationships without taking any formal steps. As in the three countries discussed above, the Serbian legislature tolerates this form of continuation of joint parental responsibility. Therefore, in Serbia the provisions of art. 75-76 FA are also *lex imperfecta* without any sanctions.

If the judge later learns that the parents have not reach an agreement, or their agreement was not approved by a judge, one of the parents would be charged with sole parental responsibility.

As with Slovenia, the requirement of making an arrangement regarding the children is one of the effects of legally equalising informal cohabitation with marriage.

Conclusion: the study of the four aforementioned countries allows delineating four important reasons for requiring an agreement with regard to children if the children’s parents are ending an informal cohabitation:

- e) Precondition for continuation of joint parental responsibility after the separation of the parents (all four countries);
- f) Avoidance of legal discrimination between marital and extramarital children (Slovenia and Serbia);
- g) Further equalisation of marriage and durable cohabitation (Slovenia and Serbia);
- h) Facilitation of good communication between the separated parents (all four countries).

With regard to the scope of the agreement, two groups can be distinguished among the four countries. In Portugal and Slovenia the scope of the agreement is considerable, and can be compared with the scope of the parental plan proposed in The Netherlands. In contrast, in Austria and Serbia the scope of the agreement is exclusively limited to child residence.

None of the four countries considers such an agreement a precondition for the termination of the informal relationships. On the contrary, in all four countries such an agreement is a formal precondition for the continuation of joint parental responsibility. However, due to the informal nature of ending an informal relationship, there is no possibility of being able to control the fulfilment of this requirement. Therefore, joint parental responsibility in fact simply continues after the parents separate, even if no agreement was ever concluded. The legislatures of all four countries tolerate this situation. In Austria and Slovenia this tolerant policy is openly acknowledged. The attitude in Portugal is more hesitant, but in practice it boils down to the same result. In Serbia there is as yet almost no experience with the application of the new law enacted in 2005. The absence of legal sanctions for non-fulfilment of the requirement to make an agreement makes the law of all four countries into a *lex imperfecta*.

At the same time, the conducted study has revealed that the obligation to make an agreement is not entirely a dead letter. The Austrian legislature was perfectly aware that in practice a judge would have no means to discover the termination of informal relationships between parents, and would therefore not be able to control the fulfilment of the requirement to make an agreement with regard to the children of such a relationship. Nonetheless, the Austrian legislature has chosen to introduce such a requirement because it is expected to play an important part if the parents later run into problems with the execution of their parental responsibility and have to ask the judge to resolve them. In Slovenia there is evidence that the parents sometimes submit the required agreement to judicial control upon on their own motion in order to acquire more legal certainty.

1 AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK

Momenteel ligt bij de Tweede Kamer het regeringsvoorstel inzake bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (Kamerstukken II 2004 - 2005, 30 145). Hierbij wordt onder meer voorgesteld dat het verzoekschrift tot echtscheiding of tot ontbinding van een geregistreerd partnerschap een **ouderschapsplan** moet bevatten. Dit ouderschapsplan beoogt de belangen van de volgens CBS-cijfers *grosso modo* 35.000 kinderen bij scheiding van gehuwde/geregistreerde ouders te behartigen. Het ouderschapsplan omvat tenminste afspraken over de zorg- en opvoedingstaken of omgang, het over en weer informatie verschaffen en raadplegen en de kosten van verzorging en opvoeding van minderjarige kinderen (zie daarvoor wetsvoorstel 30 145, art. 80d, nieuw lid 2 Boek 1 BW en 815 nieuwe leden 2, 3 en 5 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering)

Voor de naar schatting 18.000 kinderen die betrokken zijn bij een scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders stelt het wetsvoorstel vooralsnog het ouderschapsplan echter niet verplicht. Enerzijds zou dit als een niet te rechtvaardigen onderscheid kunnen worden aangemerkt, aangezien ook deze kinderen even zeer gebaat zijn bij goede afspraken in geval van scheiding van hun ouders. Anderzijds is bij echtscheiding of beëindiging van een geregistreerd partnerschap (zowel gerechtelijk als buitengerechtelijk) steeds sprake een formeel moment waarbij een autoriteit betrokken is, terwijl van een dergelijk formeel moment bij het uiteengaan van ongehuwden of niet-geregistreerden geen sprake is. Controle op naleving van de plicht een ouderschapsplan te maken is daarmee in het laatste geval niet mogelijk.

De Tweede Kamer heeft bij de behandeling van het dit jaar verworpen initiatiefwetsvoorstel beëindiging huwelijk zonder rechterlijke tussenkomst en vormgeving voortgezet ouderschap (Kamerstukken I/II 2005 - 2006, 29 676, hierna: initiatiefwetsvoorstel Luchtenveld) de wens geuit voor het doen uitvoeren van een onderzoek naar de situatie van kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders.¹ Om aan deze wens tegemoet te komen heeft de Minister van Justitie, in het kader van de voorbereiding van de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer, de opdracht gegeven tot het verrichten van een internationale verkenning van de formele regelingen, en zo mogelijk de praktische

¹ Handelingen II 16 november 2005, 29 676, p. 22-1401.

toepassingen daarvan, omtrent de situatie van kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders.

De doelstelling van dit onderzoek is het inwinnen van informatie uit het buitenland die ondersteuning kan bieden bij de discussie of iets dergelijks als een ouderschapsplan ook mogelijk en nuttig is in geval van uiteen gaan van ouders die noch gehuwd zijn noch in een geregistreerd partnerschap zijn verbonden en van informatie die nuttig kan zijn bij de uitwerking van een dergelijk idee.

De beoordeling van de merites van de verplichtstelling van het ouderschapsplan als zodanig, valt in haar geheel buiten de reikwijdte van dit onderzoek.

1.2 Probleemstelling en onderzoeksvragen

De probleemstelling van dit onderzoek luidt als volgt.

In hoeverre is in andere Europese landen bij het uiteen gaan van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders sprake van een plicht tot het maken van afspraken over onderwerpen waarin het in Nederland voorgestelde ouderschapsplan voorziet?

De probleemstelling van dit inventariserend en analyserend onderzoek laat zich operationaliseren door de volgende vier onderzoeksvragen.

- 1. Is in andere Europese landen in de wet of anderszins (jurisprudentie) geregeld, dat ongehuwde/niet-geregistreerde ouders, indien zij uiteen gaan, afspraken moeten maken over de invulling van hun voortgezet ouderschap?*
- 2. Zo ja, op welke wijze is dat geregeld voor verschillende situaties (al dan niet gezamenlijk gezag, kind al dan niet erkend, al dan niet samenwonend)?*
- 3. Wat moeten die afspraken ten minste inhouden en in welke mate komen die afspraken overeen met het wetsvoorstel 30 145 voorgestelde ouderschapsplan?*

4. *Is er een formeel aanknopingspunt in de tijd waarop dergelijke afspraken omtrent kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders tot stand moeten komen? In hoeverre en op welke wijze is controle op naleving van een verplichting tot het maken van deze afspraken daadwerkelijk te realiseren?*

De eerste onderzoeksvraag staat centraal hoofdstuk 2. De overige drie vragen zullen uitvoerig aan de orde komen in hoofdstukken 3 en 4.

Bij de beantwoording van deze vragen wordt in het bijzonder aandacht besteed aan de redengeving en achtergronden van de keuzes die in de onderzochte landen zijn gemaakt en zo mogelijk ook aan de al dan niet gebleken werkbaarheid van totstandgekomen regelingen in de praktijk.

3.1 Methodologische verantwoording

Het onderzoek is in twee fasen uitgevoerd. Ten eerste is onderzocht in welke Europese landen bij het uiteen gaan van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders sprake is van een plicht tot het maken van afspraken over onderwerpen waarin het in Nederland voorgestelde ouderschapsplan voorziet. Daarmee stond de eerste onderzoeksvraag in deze fase centraal. Uitgangspunt in deze eerste fase was de bestudering van de *National Reports Regarding Divorce*, opgesteld door de gerenommeerde nationale experts/leden van de *Commission for European Family Law* (hierna: CEFL). De CEFL - een academisch initiatief - is opgericht op 1 september 2001 en staat onder voorzitterschap van Prof. Dr. K. Boele-Woelki (Universiteit Utrecht). De CEFL heeft als hoofddoel:

‘the launching of a pioneering theoretical and practical exercise in relation to the harmonisation of family law in Europe.’²

Een van de belangrijke resultaten tot nu toe van de CEFL is een set van *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between Former Spouses*.³ De CEFL heeft deze *Principles* ontworpen om te dienen als een bron van inspiratie voor

² Zie <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>.

³ K. Boele-Woelki e.a., *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2004.

wetgevers die hervormingen van het nationale echtscheidings- en partneralimentatierecht voor ogen hebben en ter bevordering van de harmonisatie van het recht op deze terreinen in Europa.

Bij ontwikkelen van deze *Principles* zijn de genoemde *National Reports Regarding Divorce* een belangrijke bron van informatie gebleken. Deze nationale rapporten bevatten namelijk informatie over de wijze waarop echtscheiding en haar gevolgen in de volgende 22 Europese jurisdicties is geregeld: België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Engeland en Wales, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Ierland, Italië, Nederland, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Portugal, Rusland, Schotland, Spanje, Tsjechië, Zweden en Zwitserland.

Ook wij hebben in ons onderzoek gebruik gemaakt van deze nuttige informatie uit de nationale rapporten. Deze informatie dateert uit 2002. Sindsdien zijn in een aantal landen, zoals Frankrijk en Spanje, belangrijke veranderingen op het terrein van het echtscheidingsrecht ingevoerd. Voor die landen hebben wij aanvullend meer recente bronnen geraadpleegd.

Aan de hand van deze nationale rapporten hebben wij die landen geïdentificeerd die ouderlijke afspraken over kinderen in het kader van de echtscheidingsprocedure verplicht stellen. De selectie van deze landen bleek, zoals wij reeds verwachtten, een indicatie te vormen voor die landen die ook voor relaties anders dan huwelijk of geregistreerd partnerschap (hierna: **informele relaties**) afspraken tussen ouders betreffende kinderen vereisen of aanmoedigen.

Voorts hebben wij in de eerste fase van ons onderzoek de CEFL *National Reports Regarding Parental Responsibility* bestudeerd. Deze nationale rapporten geven de stand van zaken in 23 Europese jurisdicties over het ouderlijk gezag anno 2004 weer: België, Bulgarije, Denemarken, Duitsland, Engeland en Wales, Finland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Ierland, Italië, Litouwen, Nederland, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Portugal, Rusland, Schotland, Spanje, Tsjechië, Zweden en Zwitserland. In dit stadium van het literatuuronderzoek werd ten eerste gekeken naar de inhoud van afspraken die ouders met betrekking tot kinderen kunnen maken (dit om een vergelijking mogelijk te maken met de inhoud van het ouderschapsplan, zoals voorgesteld in het wetsvoorstel inzake bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (Kamerstukken II 2004-2005, 30 145). Ten tweede werd in kaart gebracht in welke situaties zulke afspraken in desbetreffende landen worden gemaakt: voorafgaand aan of staande huwelijk of geregistreerd partnerschap; ten tijde

van het opstellen van een samenlevingscontract; ten tijde van de aanvraag van het gezamenlijk gezag door ongehuwde ouders; ten tijde van de ontbinding van het huwelijk of geregistreerd partnerschap; op moment van verbreking van de informele relatie, etc.

Naast de bij het CEFL betrokken landen, hebben wij ook Slovenië en Servië in ons onderzoek betrokken. Ons is namelijk reeds uit eerdere studie bekend dat in deze voormalig Joegoslavische staten sprake is van een gelijkstelling van huwelijk en buiten-huwelijkse samenleving. Aangezien deze gelijkstelling zich ook uitstrekt tot de wijze van beëindiging van beide relatievormen, verdienen ook deze landen onze aandacht in dit onderzoek.

Het einddoel van deze eerste fase van het onderzoek was het identificeren van die landen waarin ouderlijke afspraken met betrekking tot de zorg voor kinderen na de verbreking van informele relaties door wet of rechtspraak worden vereist dan wel aangemoedigd. Deze landen vormden de doelgroep van de volgende fase van het onderzoek.

In de tweede fase, die de kern van dit onderzoek vormt, staan de overige drie onderzoeksvragen centraal. Hierbij is in de eerste plaats wederom gebruik gemaakt van literatuurstudie. Voorts zijn hiertoe vragenlijsten opgesteld en verstuurd naar experts uit de landen die in de voorafgaande fase van het onderzoek zijn geselecteerd.⁴ Voor elk land is een afzonderlijke vragenlijst opgesteld, die met het wettelijk systeem van dat land rekening houdt en die op het inwinnen van die informatie, die over het desbetreffende land na de literatuurstudie nog ontbreekt, is toegespitst.⁵ Vervolgens zijn de antwoorden van de respondenten geanalyseerd en werd, waar nodig, aanvullende informatie opgevraagd.

De geciteerde buitenlandse wetgeving is afkomstig uit de bijlagen bij de *CEFL National reports on Divorce* en de *CEFL National reports on Parental Responsibilities*.⁶ Daarnaast hebben wij voor Servië gebruik kunnen maken van een voorhanden Engelse vertaling.⁷ Van de relevante Sloveense wettekst ontbreekt helaas een recente vertaling in een courante taal.

⁴ Zie voor de namen van deze experts: bijlage 1.

⁵ Deze questionnaires en de antwoorden van de experts zijn aan dit rapport toegevoegd als bijlage 2.

⁶ <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>. Zie tevens bijlage 3.

⁷ Zie bijlage 3.

2. SELECTIE VAN RELEVANTE EUROPESE LANDEN

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal in hoeverre in andere Europese landen in de wet of anderszins (jurisprudentie) is geregeld dat ongehuwde/niet-geregistreerde ouders, indien zij uiteen gaan, afspraken moeten maken over de invulling van hun voortgezet ouderschap. Hiertoe selecteren wij eerst die landen waarin in het kader van een echtscheiding dergelijke afspraken zijn vereist. Vervolgens zoomen wij nader in op de aldus geselecteerde landen, op zoek naar die landen die ook bij het beëindigen van informele relaties dergelijke afspraken eisen.

2.1 AFSPRAKEN OMTRENT KINDEREN BIJ ECHTSCHEIDING IN EUROPA

In deze paragraaf staat de vraag centraal in hoeverre het maken van afspraken over de kinderen een voorwaarde is voor echtscheiding in de 22 landen die hebben geparticipeerd in het CEFL-onderzoek naar echtscheiding en partneralimentatie (*Divorce and maintenance between former spouses*). In tien van deze 22 CEFL-landen is het maken van afspraken over de kinderen een voorwaarde voor echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek. Het betreft de volgende landen: België, Bulgarije, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Hongarije, Oostenrijk, Portugal, Spanje en Zwitserland. Bovendien zou Nederland zich met art. 815 Rv van het regeringsvoorstel voor dit rijtje kwalificeren.

Voor de verkrijging van echtscheiding op eenzijdig verzoek is in geen van de CEFL-landen het maken van afspraken over de kinderen een voorwaarde voor echtscheiding. Wel vereist het regeringsvoorstel, evenals het verworpen initiatiefwetsvoorstel van Luchtenveld, ook voor echtscheiding op eenzijdig verzoek een ouderschapsplan. Dit voorstel houdt op dit punt derhalve een unicum in Europa in.

Het ligt voor de hand dat de landen die ook bij het verbreken van informele relaties afspraken over de kinderen vereisen of aanmoedigen, gezocht moeten worden tussen de tien genoemde landen die dit voor echtscheiding als voorwaarde stellen. In de volgende paragraaf zetten wij deze zoektocht voort.

2.2 AFSPRAKEN OMTRENT KINDEREN BIJ HET BEËINDIGEN VAN INFORMELE RELATIES IN EUROPA

Voor ons onderzoek zijn ook de CEFL *National Reports Regarding Parental Responsibility* zeer nuttig gebleken, hoewel in de questionnaire op basis waarvan deze nationale rapporten zijn opgesteld, geen specifieke vraag is gesteld naar het maken van afspraken omtrent kinderen bij scheiding van ongehuwde/niet-geregistreerde ouders. Met name de vragen 23 en 25 van de questionnaire, betreffende de verdeling van gezag tussen ongehuwde/ongeregistreerde ouders bij scheiding, hebben tot verhelderende antwoorden geleid.⁸

Question 23:

How, if at all, is the attribution of parental responsibilities affected by the ending of the unmarried parents' relationship?

Question 25:

To what extent, if at all, are unmarried parents free to agree upon the attribution of parental responsibilities after the ending of their relationship?

Uit de antwoorden op vraag 23 blijkt dat het beëindigen van een informele relatie in vrijwel alle systemen in beginsel geen effect heeft op de wijze waarop het gezag was verdeeld (*attribution*) staande de relatie. Indien derhalve tijdens de relatie sprake was van gezamenlijk gezag, dan loopt dit na beëindiging van de relatie automatisch door. Niet alleen de verdeling van het gezag, maar ook de wijze waarop het gezag wordt uitgeoefend (*exercise*) wordt in de meeste nationale systemen niet beïnvloed door het verbreken van de informele relatie. Dit sluit echter niet uit dat een uitspraak van de rechter of een afspraak tussen de ouders over de wijze waarop het gezamenlijk gezag daadwerkelijk wordt uitgeoefend, dit gezamenlijk gezag in de praktijk tot een lege huls kunnen maken.⁹

⁸ In dit verband zijn ook de vragen 29, 30, 38 en 46 relevant, zij het in beduidend mindere mate.

⁹ K. Boele-Woelki, Parental responsibilities - CEFL's Initial Results, in: Boele-Woelki (Ed.), *Common Core and Better Law in European Family Law*, Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2005, p. 9-12.

De resultaten van ons op de CEFL *National Reports on Parental Responsibilities* gebaseerde onderzoek, zijn samengevat in onderstaand overzicht 1.

OVERZICHT 1

Vraag: In hoeverre is het maken van afspraken over kinderen verplicht in geval van het verbreken van een relatie anders dan huwelijk of geregistreerd partnerschap?

	Beide partners zijn ouders	Een van beide partners is ouder
Landen:		
België	Nee	Nee
Bulgarije	Nee	Nee
Denemarken	Nee	Nee
Duitsland	Nee	Nee
Engeland/Wales	Nee	Nee
Finland	Nee	Nee
Frankrijk	Nee	Nee
Griekenland	Nee	Nee
Hongarije	Nee	Nee
Ierland	Nee	Nee
Italië	Nee	Nee
Litouwen	Nee	Nee
Nederland	Nee	Nee
Noorwegen	Nee	Nee
Oostenrijk	In beginsel ja, art. 167 j° 177 en 177a ABGB	Nee
Polen	Nee	Nee
Portugal	In beginsel ja, art. 1912 j° 1905 Portugees BW	Nee
Rusland	Nee	Nee
Spanje	Nee	Nee
Tsjechië	Nee	Nee
Zweden	Nee	Nee
Zwitserland	Nee	Nee

Voor dit onderzoek is het meest van belang dat uit de antwoorden op beide vragen - in het bijzonder vraag 25 - blijkt dat het in Oostenrijk en Portugal voor het dóórlopen van gezamenlijk gezag na scheiding een formele voorwaarde is dat partijen bij overeenkomst in meer (Portugal) of mindere (Oostenrijk) mate afspraken moeten maken over de kinderen. In § 3.2 resp. § 3.3 zullen wij nader op de relevante bijzonderheden van het Oostenrijkse en Portugese recht ingaan.

Bovendien is gebleken dat in Zwitserland *l'autorité tutélaire* op gemeenschappelijk verzoek van ongehuwde ouders aan beiden het gezamenlijk gezag toekent - mits in overeenstemming met het belang van het kind -, op voorwaarde dat zij ter beoordeling aan deze *autorité tutélaire* een overeenkomst overleggen waarin zij de zorg en de kinderalimentatie hebben

geregeld.¹⁰ De eis van deze overeenkomst is echter niet gekoppeld aan de scheiding van deze ongehuwde ouders en geldt zodra deze ouders gezamenlijk gezag wensen. Deze bepaling zal derhalve eerder van toepassing zijn in goede tijden. Bij scheiding van de ongehuwde ouders loopt het gezamenlijk gezag echter automatisch door, zonder dat daarvoor een nieuwe overeenkomst is vereist. Op het Zwisterse recht zal hieronder derhalve niet nader worden ingegaan.

Het is wel raadzaam gebleken om ons niet te beperken tot de reeds ruime kring van CEFL-landen. Nader literatuuronderzoek leerde dat ook in Slovenië en in Servië bij zowel echtscheiding als het verbreken van informele relaties een overeenkomst over de kinderen is vereist. In deze landen zijn beide samenlevingsvormen immers zo goed als gelijk gesteld aan elkaar. In Slovenië moeten ouders die niet of niet meer samenleven een overeenkomst maken over gezag, de opvoeding, kinderalimentatie en omgang. Zij moeten dit bovendien in alle gevallen, dus niet slechts in geval van voortgezet gezamenlijk gezag (zie nader § 3.4). In Servië moeten de ouders ook in alle gevallen een overeenkomst maken, maar deze overeenkomst hoeft slechts de hoofdverblijfplaats van het kind te betreffen (zie nader § 3.5).

¹⁰ Aldus § 298a (1) Zwitsers BW: *Sur requête conjointe des père et mère, l'autorité tutélaire attribue l'autorité parentale conjointement aux deux parents, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et qu'ils soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci.*

3 AFSPRAKEN OMTRENT KINDEREN BIJ HET VERBREKEN VAN EEN INFORMELE RELATIE IN OOSTENRIJK, PORTUGAL, SLOVENIË EN SERVIË

3.1 Inleiding

Op basis van het literatuuronderzoek in hoofdstuk 2 is gebleken dat Oostenrijk, Portugal, Servië en Slovenië als enige landen in Europa het maken van afspraken over de kinderen vereisen bij het verbreken van informele relaties. In dit hoofdstuk zal op de regelgeving en praktijk ten aanzien van dit punt in elk van deze landen nader worden ingegaan. Belangrijke bron van informatie hierbij zijn de antwoorden op de questionnaires die wij in het kader van dit onderzoek hebben rondgestuurd naar onze informanten in deze vier landen (zie bijlagen 1 en 2).

3.2 Oostenrijk

3.2.1 Overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van een minderjarig kind

Sinds de *Kindschaftsrechts-Änderungsgezet* van 2001 kent Oostenrijk de mogelijkheid van voortgezet gezamenlijk gezag na het verbreken van een relatie. Art. 177 lid 1 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (hierna: ABGB) bepaalt dit voor de echtscheiding:

Wird die Ehe des Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt, so bleibt die Obsorge beider Eltern aufrecht.

Deze bepaling is eveneens van toepassing op echtgenoten die op informele wijze uit elkaar gaan (zie schakelbepaling art. 177b ABGB) én op de in dit onderzoek centraal staande groep van ouders die hun informele samenlevingsvorm verbreken (krachtens schakelbepaling art. 167 lid 1, slot ABGB¹¹), tot welke laatste groep wij ons hieronder uiteraard beperken.

Krachtens art. 167 j° art. 177 lid 2 ABGB zijn ouders die hun informele relatie verbreken in geval van gezamenlijk gezag verplicht om bij overeenkomst de hoofdverblijfplaats van een minderjarig kind te bepalen en deze overeenkomst aan de rechter over te leggen:

¹¹ Deze schakelbepaling staat in de afdeling getiteld: *Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und unehelichen Kindern*.

In jedem Fall einer Obsorge beider Eltern haben sie dem Gericht eine Vereinbarung darüber vorzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll.

De overeenkomst moet *innerhalb angemessener Frist* na de scheiding totstandkomen (art. 167 resp. art. 177b j° art. 177a lid 1 ABGB).

Naar Oostenrijks recht is de overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind de enige afspraak die scheidende ouders omtrent hun minderjarige kinderen moeten maken. Achterliggende gedachte is het vanuit psychologisch-wetenschappelijke hoek benadrukte belang van een hoofdverblijfplaats voor het kind ter waarborging van zijn gevoel van veiligheid en van de continuïteit (met name op school).¹² Met deze eis heeft de Oostenrijkse wetgever derhalve in ieder geval het signaal willen afgeven dat ouders een verantwoordelijkheid hebben ten aanzien van de stabiliteit in het leven van het minderjarig kind.

De rechter zal de aan hem voorgelegde overeenkomst moeten toetsen aan het belang van het kind en na een positief oordeel goedkeuren, krachtens art. 167 j° art. 177 lid 3 ABGB:

Das Gericht hat die Vereinbarung der Eltern zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht.

Hoewel de wet niet een bepaalde vorm voor de overeenkomst voorschrijft, wordt in de literatuur aangenomen dat een schriftelijke vorm vereist is, om de rechter in staat te stellen de overeenkomst aan het belang van het kind te toetsen.¹³

¹² Aldus Roth in antwoord op de questionnaire (zie bijlage 2).

¹³ Haberl, in: M. Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB, Vol. I, 2. Dr., Wien: LexisNexis ARD Orac, 2005, § 167 Marg. No. 5.

3.2.2 *Lex imperfecta*

Informeel samenlevende ouders kunnen hun relatie in Oostenrijk ook op informele wijze beëindigen. Voor hen bestaat derhalve geen formele verplichting om bij de rechter of een andere autoriteit melding te maken van het beëindigen van hun relatie. Daarmee ontbreekt derhalve ook een formeel aanknopingspunt in de tijd voor controle op naleving van de in art. 167 lid 1 j° art. 177 lid 2 ABGB neergelegde verplichting een overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind over te leggen. In de praktijk zal de rechter immers doorgaans geen weet hebben van de informele scheiding van de ouders. Onze Oostenrijkse correspondentente Prof. M. Roth heeft derhalve reeds eerder opgemerkt:¹⁴

“In practice, however, the court will usually not learn of the separation and thus not intervene unless one of the parents petitions the court.”

Indien tussen partijen derhalve geen problemen rijzen omtrent de invulling van hun voortgezet gezamenlijk gezag na scheiding, bestaat geen noodzakelijke reden om aan de rechter daadwerkelijk de vereiste overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind over te leggen. Zolang de rechter geen weet heeft van het ontbreken van de overeenkomst, loopt het gezamenlijk gezag na scheiding gewoon door, ongeacht of de ouders daadwerkelijk de vereiste overeenkomst hebben gemaakt. De Oostenrijkse wetgever gedooft deze vorm van automatische voortzetting van gezamenlijk gezag.

De verplichting tot het sluiten van de overeenkomst is in deze gedoogperiode een *lex imperfecta*. Hiermee wordt bedoeld dat alle rechtshandelingen die door de gescheiden ouders in deze periode van voortgezet ouderschap zijn verricht, hun geldigheid behouden en deze niet met terugwerkende kracht verliezen, mocht de rechter naderhand, wegens het alsnog ontdekte ontbreken van de overeenkomst, een van beide ouders met het eenhoofdig gezag belasten (zie daarover nader 3.2.3). Aan het voortgezet ouderschap zonder overeenkomst in de gedoogperiode zijn derhalve geen (terugwerkende) sancties of andere consequenties verbonden.

3.2.3 Welke rol is de verplichte overeenkomst dan wel toebedeeld?

¹⁴ M. Roth, Austrian Report concerning the CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities, Question 23, in: K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner, European Family Law in Action, Volume III: Parental Responsibilities, Antwerp - Oxford: Intersentia, 2005, p. 365

De wetgever was zich er terdege van bewust dat de rechter in de praktijk geen weet zal hebben van een informele scheiding en daarmee geen controle kan uitoefenen op naleving van de plicht tot het overleggen van een overeenkomst. Desondanks is de eis van de verplichte overeenkomst volgens onze Oostenrijkse informante Prof. M. Roth geen dode letter, aangezien zij een rol gaat spelen, indien na gerezen problemen omtrent het voortgezet ouderschap, een van beide ouders zich alsnog tot de rechter wendt.

Na een eenzijdig verzoek van een gescheiden ouder tot toekenning van eenhoofdig gezag of omtrent de invulling van het gezamenlijk gezag moet de rechter, bij gebleken ontbreken van de vereiste overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind, eerst trachten de ouders alsnog tot het maken van deze overeenkomst te bewegen.¹⁵ Hierbij kan mediation nuttig zijn. De rechter kan daartoe de procedure voor een periode van maximaal zes maanden schorsen.¹⁶ Indien blijkt dat ouders er dan nog niet in zijn geslaagd de vereiste overeenkomst over de hoofdverblijfplaats van het kind te maken, zal de rechter aan een van beide ouders het eenhoofdig gezag toekennen (art. 167 j° art. 177a lid 1, slot ABGB). Anders dan in Nederland is de verplichte overeenkomst daarmee een formele voorwaarde voor voortzetting van gezamenlijk gezag na scheiding, hoewel de wetgever, bij gebrek aan controlemogelijkheden, automatische voortzetting van gezamenlijk gezag zonder overeenkomst gedooft.

3.3 Portugal

3.3.1 Overeenkomst over het minderjarig kind

Net als in Oostenrijk zijn krachtens een schakelbepaling, art. 1912 van het Portugees Burgerlijk Wetboek, op de beëindiging van informele relaties de bepalingen van toepassing die betrekking hebben op echtscheiding of het informeel beëindigen van een huwelijk (*factual separation*).

Art. 1912 Portugees BW: *Regulating the exercising of custody*

With the necessary adjustments, the provisions of articles 1904 to 1907 are applicable to the case referred to in the previous numbers.

¹⁵ Art. 167 resp. 177b j° art. 177a ABGB.

¹⁶ Art. 29 Außerstreitgesetz.

Krachtens art. 1912 j° 1905 van het Portugees BW moeten ouders ook in geval van het verbreken van hun informele relatie een overeenkomst maken over de toekomst van het kind en over kinderalimentatie en deze overeenkomst ter goedkeuring aan de rechter voorleggen:

Art. 1905 lid 1 Portugees BW: *Divorce, judicial separation of spouses and property, declaration of nullity or annulment of the marriage*

In the case of divorce, judicial separation of spouses and property, declaration of nullity or annulment of the marriage, the future of the child, maintenance and its form, will all be regulated by an agreement between the parents, subject to approval by the court. Approval will be denied when the agreement does not serve the interests of the underage child (...).

Navraag bij onze Portugese informanten leerde ons dat onder de ‘toekomst van het kind’ de hoofdverblijfplaats van het kind en de omgang tussen kind en de ouder bij wie het kind niet hoofdzakelijk verblijft, worden verstaan. Concreet moeten in de vereiste overeenkomst derhalve drie punten geregeld zijn: hoofdverblijfplaats, omgang en kinderalimentatie. Afgezien van deze inhoudelijke eis, stelt de wet geen formele eisen aan de overeenkomst. De overeenkomst kan derhalve in elke vorm aan de rechter worden voorgelegd. De rechter zal de overeenkomst vervolgens toetsen aan het belang van het kind (art. 1912 j° art. 1905 lid 1 Portugees BW).

Uit artikel 1912 j° 1906 lid 1 blijkt vervolgens dat deze overeenkomst, formeel gezien,¹⁷ een voorwaarde is voor voortgezet gezamenlijk gezag.

Art. 1906 lid 1 Portugees BW: *Custody in case of divorce, judicial separation of spouses and property, declaration of nullity or annulment of the marriage*

Providing that the parents reach an agreement, custody is exercised by both of them, deciding the issues that regard the child's life in circumstances similar to those that characterise wedlock.

¹⁷ Zie § 3.3.2.

3.3.2 *Lex perfecta of lex imperfecta?*

Evenals in Oostenrijk kunnen informeel samenlevende ouders hun relatie in Portugal ook op informele wijze beëindigen. Voor hen bestaat geen formele verplichting om bij de rechter of een andere autoriteit melding te maken van het beëindigen van hun relatie. De rechter zal derhalve slechts op de hoogte raken van het beëindigen van de informele relatie en het ontbreken van de vereiste overeenkomst, indien een van beide ouders zich tot de rechter wendt met het verzoek het ouderlijk gezag te regelen, of indien de officier van justitie, die op een of andere wijze van het verbreken van de relatie op de hoogte is, een desbetreffende verklaring bij de rechter neerlegt, of door een tip van instituten als de school, een ziekenhuis of de kinderbescherming.

Ook in Portugal ontbreekt derhalve een formeel aanknopingspunt in de tijd voor controle op naleving van de in art. 1912 j° 1905 Portugees BW neergelegde verplichting een overeenkomst over de hoofdverblijfplaats, omgang en kinderalimentatie aan de rechter over te leggen. In de praktijk zal de rechter immers doorgaans geen weet hebben van de informele scheiding van de ouders en kan het gezamenlijk gezag derhalve na scheiding gewoon doorlopen, terwijl de daarvoor formeel vereiste overeenkomst ontbreekt. Zolang tussen partijen derhalve geen problemen rijzen omtrent de invulling van hun voortgezet gezamenlijk gezag na scheiding, bestaat geen praktische reden om aan de rechter daadwerkelijk de vereiste overeenkomst over te leggen. Controle op de naleving van de verplichting tot een overeenkomst is dan ook heel moeilijk. Onze informanten geven dan ook aan dat het moeilijk te zeggen is of deze plicht daadwerkelijk werkt in de praktijk.

Indien de rechter echter naderhand - op een van bovengenoemde wijzen - ontdekt dat de vereiste overeenkomst ontbreekt, leidt dit er, net als in Oostenrijk, (zo mogelijk na het beproeven van mediation, zie nader hieronder) toe dat de rechter het eenhoofdig gezag toewijst aan een van beide ouders, of, in uitzonderlijke gevallen, aan een derde of aan een heropvoedings- of welzijnsinstituut. Zie art. 1912 j° art. 1905 lid 2 en art. 1906 lid 2 Portugees BW:

Art. 1905 lid 2 Portugees BW: *Divorce, judicial separation of spouses and property, declaration of nullity or annulment of the marriage*

In the absence of the agreement, the Court will rule safeguarding the interests of the underage child, including that of keeping close contact with the parent who does not have

custody. The child may be entrusted to either parent or, whenever any circumstance referred to in article 1918 occurs, to a third person or to a re-education or welfare institution.

Art. 1906 lid 2 Portugees BW: *Custody in case of divorce, judicial separation of spouses and property, declaration of nullity or annulment of the marriage*

In the absence of such an agreement, the court will decide that custody is exercised by the parent to whom the child is entrusted.

Uitgaande van het geval dat de rechter naderhand ontdekt dat de voor voortgezet gezamenlijk gezag vereiste overeenkomst ontbreekt, is sprake van een grijze periode tussen de beëindiging van de informele relatie en de uitspraak waarin de rechter een (of geen) van beide ouders met het gezag belast. Hierboven hebben wij gezien dat in die periode, bij gebrek aan wetenschap bij de rechter, het gezamenlijk gezag zonder de vereiste overeenkomst, met gedogen van de wetgever, kan doorlopen.

Ook hier rijst weer de vraag of de rechtshandelingen, verricht in deze grijze gedoogperiode door de ouder(s) die naderhand niet door de rechter met het gezag is (zijn) belast, rechtsgeldig zijn verricht en deze geldigheid ook behouden, of dat zij deze geldigheid met terugwerkende kracht verliezen. Het antwoord op deze vraag kunnen wij helaas niet zekerheid geven, nu zelfs onze Portugese informanten, zij het met de nodige voorzichtigheid, lijken te willen suggereren dat de geldigheid van deze rechtshandelingen ‘may be questioned’. Er zou derhalve, anders dan in Oostenrijk, wellicht een sanctie (nietigheid met terugwerkende kracht van de rechtshandelingen verricht door de later van zijn gezag ontnomen ouder) kunnen staan op het ontbreken van de vereiste overeenkomst, vooropgesteld dat deze omissie aan het licht is gekomen.

Tegen het bestaan van een dergelijke sanctie lijkt de omstandigheid te pleiten dat de wet aan de ouders geen formele termijn stelt ná het verbreken van hun informele relatie, binnen welke zij de vereiste overeenkomst over de kinderen moeten opstellen. Indien de officier van justitie – die, zoals boven bleek, bij de rechter het initiatief tot het regelen van het (eenhoofdig) gezag kan nemen - dit initiatief daadwerkelijk neemt, is het volgens onze informanten zelfs gebruikelijk dat de rechter enkele maanden wacht met zijn uitspraak waarin hij een van beide ouders met het eenhoofdig gezag belast, om partijen de gelegenheid te geven zich te verzoenen. In dit geval bestaat deze grijze periode met medeweten van de

competente autoriteiten en zou het merkwaardig zijn, als de rechtshandelingen van de ouder die uiteindelijk het gezag verliest met terugwerkende kracht hun geldigheid verliezen.

Bovendien zal rechter niet bij de enkele constatering dat een overeenkomst ontbreekt, voetstoots overgaan tot de beslissing omtrent de toekenning van het eenhoofdig gezag aan een van de ouders. De rechter kan namelijk in elke fase van de procedure, als hij dat opportuun acht, op verzoek van de belanghebbenden of ambtshalve de ouders het bevel geven tot inschakeling van openbare of particuliere bemiddelingsdiensten om alsnog tot de voor het voortgezet gezamenlijk gezag vereiste overeenkomst te komen. Hiertoe bestaan de in 1997 door het Ministerie van Justitie opgerichte *Gabinete de Mediação Familiar* (dienst voor gezinsbemiddeling) en enkele diensten voor gezinsbemiddeling op gemeentelijk niveau.¹⁸ Ook in deze gevallen bestaat de grijze periode, in ieder geval deels, derhalve met medeweten van de rechter.

Al met al is het punt van de rechtsgeldigheid van de rechtshandelingen in de grijze periode, ook voor onze Portugese informanten, niet geheel duidelijk. Het heeft er echter alle schijn van dat de verplichting tot het maken de overeenkomst evenals in Oostenrijk een *lex imperfecta* is, zodat de rechtshandelingen uit de grijze periode waarschijnlijk hun geldigheid behouden.

3.3.3 Welke rol is de verplichte overeenkomst toebedeeld?

Ook de Portugese wetgever was zich er terdege van bewust dat de rechter in de praktijk geen weet zal hebben van een informele scheiding en daarmee geen controle kan uitoefenen op naleving van de plicht tot het overleggen van een overeenkomst. Zoals bleek, gedooft de wetgever als het ware dat het gezamenlijk gezag na scheiding zonder de verplichte overeenkomst kan worden voortgezet.

Desondanks is de eis van de verplichte overeenkomst ook in Portugal geen dode letter, aangezien zij een rol gaat spelen, zodra de rechter ontdekt dat de vereiste overeenkomst ontbreekt, zoals in § 3.3.2 is gebleken. In dat geval zal de rechter immers – zo mogelijk na het beproeven van mediation - het eenhoofdig gezag toewijzen aan een van beide ouders (of aan een derde). Zie art. 1912 j° art. 1905 lid 2 en art. 1906 lid 2 Portugees BW.

Doel van de verplichte overeenkomst is derhalve, dat de Portugese wetgever, anders dan de Nederlandse, de overeenkomst over het hoofdverblijf, de omgang en de

¹⁸ Zie de questionnaire 'Ouderlijke verantwoordelijkheid - Portugal': http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_por_nl.htm

kinderalimentatie als voorwaarde voor het voortgezet gezamenlijk gezag heeft willen stellen, zoals expliciet is bepaald in art. 1906 lid 1 Portugees BW (zie § 3.3.1)

3.4 Slovenië

3.4.1 Gelijkwaardigheid tussen huwelijk en buiten-huwelijkse samenleving

Reeds in de *Marriage and Family Relations Act* (hierna: MFRA) van 1976 zijn het huwelijk en de duurzame buiten-huwelijkse samenleving gelijkwaardig aan elkaar beschouwd voor wat betreft de persoonlijke rechten en plichten van de partners onderling (en dus niet zonder meer ten op zichte van hun kinderen) en voor wat betreft de vermogensrechtelijk gevolgen. Op deze punten hebben beide samenlevingsvormen derhalve dezelfde juridische gevolgen. De buiten-huwelijkse samenleving wordt in art. 12 MFRA omschreven als een stabiele samenleving van een man en een vrouw die niet zijn getrouwd, en tussen wie geen huwelijkse beletselen bestaan.

In 2004 is de MFRA gewijzigd op het terrein van de relatie tussen ouders en kinderen en strekt de gelijkstelling van huwelijk en buiten-huwelijkse samenleving zich ook uit over de relatie tussen partners en hun kinderen. Zo is op het punt van het ouderlijk gezag bij verbreking van de relatie het verschil tussen het huwelijk en de buitenhuwelijkse samenleving opgeheven (zie nader § 3.4.2.). Wel is ten aanzien van de afstamming het verschil tussen de beide samenlevingsvormen behouden. De presumptie van vaderschap van de partner van de moeder van het kind geldt niet voor de ongehuwd samenwonende partners. Immers, pas ná erkenning door de vader, zijn de kinderen geboren binnen niet-huwelijkse samenleving gelijk aan de kinderen uit huwelijk voor wat betreft hun rechten en plichten ten opzichte van hun ouders en overige verwanten.¹⁹

3.4.2 Overeenkomst over de kinderen bij het verbreken van de relatie

Een belangrijk novum dat bij de wijziging van de MFRA in 2004 is geïntroduceerd, is de mogelijkheid van de voortzetting van gezamenlijk gezag na de scheiding van de ouders en de gelijkstelling van de binnen en buiten het huwelijk geboren kinderen met betrekking tot het

¹⁹ Miroslava Geč-Korošec en Suzana Kraljić, The influence of validly established cohabitation on legal relations between cohabitants in Slovene law, in: *The International Survey of Family Law*, 2001 edition, Bristol: Jordan Publishing Ltd., p. 390; Suzana Kraljić, Consequences deriving from cohabitation-relations between partners and between parents and children, in: K. Boele-Woelki (ed.), *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2003, p. 350.

ouderlijk gezag na de beëindiging van de relatie tussen hun ouders. Krachtens art. 105 MFRA moeten zowel gehuwden als informeel samenwonende ouders die hun relatie verbreken een overeenkomst maken over het gezag, de opvoeding, kinderalimentatie en omgang. Navraag bij onze Sloveense informante Dr. S. Kraljič leerde dat hieronder mede wordt verstaan het maken van afspraken over de hoofdverblijfplaats van het kind en de wijze waarop voor het kind bestemde goederen (bijvoorbeeld post) en informatie aan het kind zullen worden overgedragen.

Ouders mogen ten aanzien van het gezag overeenkomen dat zij na scheiding het gezamenlijk gezag behouden of krijgen, of dat een van hen het eenhoofdige gezag krijgt ten aanzien van een of alle kinderen.

Bij het sluiten van een overeenkomst mogen de ouders de hulp van het *center for social work* inroepen. De rechtbank moet de overeenkomst vervolgens ambtshalve aan het belang van het kind toetsen. Als de overeenkomst deze rechtelijke toets niet kan doorstaan, wordt het verworpen.

Als de ouders geen overeenkomst konden bereiken, of de voorgestelde overeenkomst door de rechtbank is verworpen, beslist de rechter over de kwesties genoemd in art. 105 MFRA. In dit geval wordt het gezag aan een van de ouders (soms ook aan een derde) toegekend. Een overeenkomst tussen de ouders is derhalve een voorwaarde voor het voortzetten van het gezamenlijk gezag na de beëindiging van de formele of informele relatie tussen de ouders.

Indien ten tijde van het verbreken van de relatie reeds sprake is van eenhoofdige gezag, schrijft art. 113 MFRA voor dat de ouders een overeenkomst moeten sluiten over kwesties die de ontwikkeling van het kind betreffen. Over de punten die het dagelijks leven van het kind betreffen, beslist de ouder die het gezag heeft.

De in art. 105 MFRA neergelegde eis tot het sluiten van een overeenkomst aangaande de kinderen betreft, als uitvloeisel van de in § 3.4.1 beschreven gelijkstelling van huwelijk en buiten-huwelijkse samenleving, beide samenlevingsvormen. De werkelijke positie van gehuwde en ongehuwde ouders is echter verschillend. Om een echtscheiding te verkrijgen moeten echtgenoten de gang naar de rechter maken. Er is derhalve een formeel moment waarop de rechter kan controleren of daadwerkelijk sprake is van de door art. 105 MFRA vereiste overeenkomst.

De niet-huwelijkse samenleving ontstaat daarentegen op informele wijze en wordt ook weer op informele wijze beëindigd, dus zonder tussenkomst van de rechter. Wat dit voor

consequenties heeft voor de aard van de verplichting voor informeel samenlevenden om een overeenkomst te maken over de kinderen, zal in de volgende subparagraaf blijken.

3.4.3 *Lex imperfecta*

Informeel samenlevenden die hun relatie willen verbreken, zijn niet verplicht een staatsautoriteit (bijvoorbeeld de rechter) of overige autoriteit (bijvoorbeeld het *center for social work*) te informeren over de beëindiging. Zij kunnen de scheiding derhalve geheel zelf regelen. Wel legt art. 105 MFRA hen daarbij de plicht op om een overeenkomst omtrent de kinderen te maken. Krachtens art. 105 MFRA zijn de partners, anders dan bijvoorbeeld in Oostenrijk, echter niet wettelijk verplicht, om die overeenkomst ook aan de rechter voor te leggen.

Een formeel aanknopingspunt in de tijd voor controle op naleving van deze plicht ontbreekt, vanwege het informele karakter van het beëindigen van de relatie, derhalve ook hier weer. Hierbij sluit aan dat ook in Slovenië de bepaling van art. 105 MFRA ten aanzien van informeel samenlevenden een *lex imperfecta* is, in die zin dat het niet voorziet in sancties in geval van schending daarvan. Formeel gezien is de overeenkomst van art. 105 MFRA derhalve vereist voor voortgezet gezamenlijk gezag, maar *de facto* loopt de gezagstoestand van voor de scheiding gewoon automatisch door. De bevoegde autoriteiten vernemen de verbreking van de informele samenleving dikwijls pas als problemen tussen de ouders ontstaan zijn en ze zich tot de rechter of het *center for social work* wenden. Dan ontstaat een situatie vergelijkbaar met die tussen scheidende echtgenoten: als er een overeenkomst tussen de ex-partners is gemaakt, wordt die ambtshalve door de rechter getoetst, als er geen overeenkomst tot stand is gekomen, beslist de rechter over het gezag en andere kwesties.

Navraag bij onze Sloveense informante Kraljič leerde dat de verplichte overeenkomst van art. 105 MFRA vormvrij is. In de praktijk, als de ongehuwde ouders een goede verstandhouding hebben, maken ze na het verbreken van hun informele relatie dikwijls eerst mondeling afspraken over de kinderen, zonder dat dit door de overheid te controleren is. Dergelijke mondelinge afspraken zijn niet afdwingbaar en bieden de ouders onvoldoende zekerheid. Om die reden komt het voor dat deze ouders hun afspraken in schriftelijke vorm vrijwillig aan de rechter voorleggen. De rechter zal de overeenkomst in een niet-contentieuze procedure ambtshalve toetsen aan het belang van het kind en bij een positief oordeel van een executoriale titel voorzien. Hiermee creëren ouders - het zij nogmaals benadrukt, vrijwillig - rechtszekerheid in hun onderlinge verhouding en in hun relatie tot hun kinderen.

3.4.4 Welke rol is de verplichte overeenkomst dan wel toebedeeld?

Hoewel de naleving van de plicht een overeenkomst te sluiten in geval van het verbreken van een informele relatie niet te controleren is, schrijft de MFRA dit toch ook voor dit geval voor ter voorkoming van discriminatie tussen kinderen die binnen dan wel buiten huwelijk zijn geboren. De verplichting strekt derhalve ter bevordering van verdere gelijkstelling van huwelijkse en buiten-huwelijkse relaties. Net als in Oostenrijk en Portugal, wordt in Slovenië het vermogen van de ouders om met betrekking tot kinderen een overeenkomst te sluiten gezien als een onmisbare voorwaarde voor de voortzetting van gezamenlijk gezag na de scheiding. Een andere achterliggende gedachte van de verplichte overeenkomst is het beschermen van minderjarige kinderen in geval van scheiding van hun ouders.

3.5 Servië

3.5.1 Gelijkwaardigheid tussen huwelijk en buiten-huwelijkse samenleving

Servië heeft in 2005 naar het voorbeeld van Slovenië, de duurzame buiten-huwelijkse samenleving met het huwelijk gelijk gesteld (art 4 (2) van de *Family Act* van 2005, hierna: FA). De buitenhuwelijkse samenleving wordt in art. 4 (1) FA omschreven als een stabiele samenleving van een man en een vrouw die niet zijn getrouwd, en tussen wie geen huwelijkse beletselen bestaan. Net als in Slovenië is de gelijkstelling met betrekking tot kinderen beperkt: krachtens het art. 45 (1) FA geldt de presumptie van vaderschap van de partner van de moeder van het kind niet voor de ongehuwde samenwonende partners.

3.5.2 Overeenkomst over de kinderen bij het verbreken van de relatie

De FA heeft de mogelijkheid van voortzetting van het gezamenlijk gezag na de scheiding van de ouders geïntroduceerd. Tevens heeft de FA de binnen en buiten het huwelijk geboren kinderen met betrekking tot het ouderlijk gezag na de beëindiging van de relatie tussen hun ouders volledig gelijkgesteld. In verband met het gezag na de scheiding spreekt de wet niet over de ‘echtgenoten’ of ‘partners’, maar slechts over ‘ouders’.

Net als in Slovenië moeten zowel gehuwden als informeel samenwonende ouders die hun relatie verbreken een overeenkomst maken over de toekomstige uitoefening van het gezamenlijk gezag (art. 75 (2) FA). De omvang van een dergelijke overeenkomst is echter

veel beperkter dan in Slovenië. Net als in Oostenrijk is het enig verplichte punt waarover overeenstemming moet bestaan de hoofdverblijfplaats van het kind (art. 76 (2) FA).²⁰

Net als in Slovenië mogen de ouders ten aanzien van het gezag overeenkomen dat zij na de scheiding het gezamenlijk gezag behouden of krijgen, of dat een van hen het eenhoofdig gezag krijgt ten aanzien van een of alle kinderen.

De rechtbank moet de overeenkomst ambtshalve aan het belang van het kind toetsen (art 75 (2) FA). Als de overeenkomst deze rechtelijke toets niet kan doorstaan, wordt het verworpen. Art. 76 (1) FA schrijft de schriftelijke vorm voor een dergelijke overeenkomst voor.

Als de ouders geen overeenkomst kunnen bereiken, of de voorgestelde overeenkomst door de rechtbank is verworpen, wordt het gezag door de rechtbank aan een van de ouders toegekend (art. 77 (3) FA). Een overeenkomst tussen de ouders is een voorwaarde voor het voortzetten van het gezamenlijk gezag na de beëindiging van de formele of informele relatie tussen de ouders.

Net als in Slovenië is de eis tot het sluiten van een overeenkomst aangaande de kinderen een uitvloeisel van de gelijkstelling van huwelijk en buitenhuwelijkse samenleving. De wijze van het beëindigen van deze twee samenlevingsvormen verschilt echter wel aanzienlijk. Voor de verbreking van het huwelijk is rechterlijke tussenkomst vereist. Er is derhalve een formeel moment waarop de rechter kan controleren of de echtgenoten de vereiste overeenkomst daadwerkelijk hebben opgesteld.

De niet-huwelijkse samenleving ontstaat echter op informele wijze en wordt ook weer op informele wijze, zonder tussenkomst van de rechter, beëindigd. Dat maakt het uiterst moeilijk om te controleren of daadwerkelijk sprake is van de vereiste overeenkomst over de kinderen. Dit gebrek aan controle heeft gevolgen voor de aard van de verplichting tot het maken van de overeenkomst, zoals in de volgende subparagraaf zal blijken.

3.5.3 *Lex imperfecta*

De samenwonende partners kunnen hun relatie beëindigen zonder enige overheidsinstantie daarover te informeren. Als ze de afspraken met betrekking tot de kinderen op dezelfde informele wijze maken, zullen ze geen behoefte hebben aan formalisering van die afspraken, zolang hun onderlinge verstandhouding goed is. Om die reden volstaan de ouders, net als in

²⁰ Dat betekent niet dat het co-ouderschap niet mogelijk is. Zie Marija Draškić en Gordana Kovaček Stanić, *The New Family Act of Serbia*, in: *The International Survey of Family Law*, 2006 Edition, Bristol: Jordan Publishing Ltd., p. 362.

Slovenië, vaak slechts met het maken van informele mondelinge afspraken over de kinderen. De bevoegde autoriteiten vernemen het verbreken van de informele samenleving dikwijls pas op het moment dat problemen tussen de ouders zijn ontstaan en deze ouders voor een oplossing daarvan naar de rechter stappen. Dan ontstaat een situatie vergelijkbaar met die tussen scheidende echtgenoten: als een overeenkomst tussen de ex-partners is gemaakt, wordt die ambtshalve door de rechter getoetst, als er geen overeenkomst tot stand is gekomen, beslist de rechter over het gezag en andere kwesties.

Hoewel de overeenkomst weliswaar een formeel vereiste voor het voortzetten van het gezamenlijk gezag is, kan de gezamenlijke gezagstoestand van vóór de scheiding na de scheiding *de facto* derhalve gewoon automatisch doorlopen, zonder de vereiste overeenkomst. Net als in de overige drie door ons onderzochte landen, gedooft ook de Servische wetgever deze vorm van voortgezet gezag zonder de daarvoor vereiste overeenkomst.

Ook in Servië is de regeling van art. 75-76 FA een *lex imperfecta*, omdat de wet niet voorziet in sancties in geval van schending daarvan gedurende de gedoogperiode. De rechtshandelingen, door een ouder ten aanzien van de kinderen verricht in deze periode van gedogen, verliezen namelijk niet met terugwerkende kracht hun geldigheid, indien deze ouder later bij rechterlijke uitspraak zijn gezag alsnog wordt ontnomen wegens het ontbreken van de overeenkomst.

3.5.4 Welke rol is de verplichte overeenkomst dan wel toebedeeld?

De voornaamste reden voor de invoering van de nieuwe regeling is, net als in Slovenië, het streven naar volledig gelijke behandeling van de binnen en buiten huwelijk geboren kinderen. Een andere reden is verdere gelijkstelling van het huwelijk en de buiten-huwelijkse relatie als instituten. Verder wordt met deze regeling een goede verstandshouding tussen de ouders, bevestigd door het bereiken van een overeenkomst, als een voorwaarde voor voortzetting van het gezamenlijk gezag na scheiding beschouwd.

Onze Servische informante Prof. O. Cvejic-Jancic heeft benadrukt dat, omdat de Family Act pas net van kracht is, er nog bijna geen ervaring is met de werking van de regeling in de praktijk.

4. VERGELIJKENDE ANALYSE OP BASIS VAN DE ONDERZOEKSVRAGEN 2, 3 EN 4

In alle vier door ons nader onderzochte landen - Oostenrijk, Portugal, Servië en Slovenië -, waar de ongehuwde samenwonende partners in het geval van de beëindiging van hun relatie een overeenkomst over de kinderen moeten maken, vertonen de relevante wettelijke regelingen grote mate van overeenkomst. Tussen de wettelijke stelsels van deze vier landen enerzijds en het huidige Nederlands wettelijk stelsel betreffende het ouderlijk gezag anderzijds bestaan echter wel aanzienlijke verschillen.

1. Doel van de verplichting tot een overeenkomst

Verspreid over de vier onderzochte landen, zijn vier belangrijke redenen aan te wijzen voor de invoering van een verplichting tot het sluiten van de overeenkomst over kinderen in het geval van het verbreken van informele relaties:

- i) Voorwaarde voor voortzetting van het gezamenlijk gezag na scheiding (alle vier de landen)
- j) Het streven naar volledig gelijke behandeling van de binnen en buiten huwelijk geboren kinderen (Slovenië en Servië).
- k) Verdere gelijkstelling van het huwelijk en de buiten-huwelijkse relatie als instituten (Slovenië en Servië).
- l) Bevordering van een goede verstandshouding tussen de partners (alle vier de landen).

2. Omvang van de overeenkomst

Met betrekking tot de omvang van de vereiste overeenkomst vallen de vier onderzochte landen in twee groepen uiteen (zie hieronder: overzicht 2). In Portugal en Slovenië is een tamelijk omvangrijke overeenkomst vereist. In Oostenrijk en Servië is daarentegen slechts het bereiken van overeenstemming over de gewone verblijfplaats van het kind verplicht. In Slovenië moeten ouders een overeenkomst maken over het gezag, de opvoeding, kinderalimentatie en omgang en – hoewel niet expliciet in de wet vermeld - over de hoofdverblijfplaats van het kind en het verstrekken van informatie aan het kind. In Portugal wordt een overeenkomst over de kinderalimentatie en de ‘toekomst van het kind’ vereist, waaronder ook de afspraken over de hoofdverblijfplaats van het kind en de omgang tussen kind en de ouder bij wie het kind niet hoofdzakelijk verblijft, worden verstaan.

De regelingen in Portugal en Slovenië komen daarbij dichtbij de inhoud van het ouderschapsplan zoals voorgesteld in het wetsvoorstel 30 145 inzake bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding. Krachtens ontwerp artikelen 80d, nieuw lid 2 Boek 1 BW en 815 nieuwe leden 2, 3 en 5 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering moet het ouderschapsplan tenminste afspraken over de zorg- en opvoedingstaken, de omgang, het over en weer informatie verschaffen en raadplegen en over de kosten van verzorging en opvoeding van minderjarige kinderen bevatten.

3. Overeenkomst is geen vereiste voor scheiding

In alle vier onderzochte landen is het maken van een overeenkomst over de kinderen, naar het moment gemeten, aan de verbreking van de informele relatie gekoppeld. Materieel gezien, is het maken van die overeenkomst echter gekoppeld aan het regelen van het gezag na de scheiding. Anders dan bij echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek, is het niet mogelijk om het maken van de afspraken over de kinderen als voorwaarde voor de beëindiging van de informele relatie te stellen. Hieraan staat de informele wijze van beëindiging van buitenhuwelijkse relaties immers in de weg.

Nu de wet, bij gebrek aan controlemogelijkheden, voor de beëindiging van de informele relatie geen voorwaarde kan stellen, stelt de wetgever in Oostenrijk, Portugal, Slovenië en Servië de verplichting tot het maken van een overeenkomst voor ongehuwde ouders als voorwaarde voor het regelen van de gezagsverhoudingen na scheiding (zie overzicht 2). In het hierna volgende zal blijken dat deze zienswijze niet past in het stelsel van het Nederlandse gezagsrecht.

Landen waarin het maken van afspraken over de kinderen verplicht is in geval van het verbreken van een relatie anders dan huwelijk of geregistreerd partnerschap

Landen:	1. Nevengevolgen ²¹	2. Voorwaarde voor scheiding? ²²	3. Voorwaarde voor voortgezet gezamenlijk gezag? ²³
Oostenrijk	Hoofdverblijfplaats	Nee	Ja
Portugal	Hoofdverblijfplaats Omgang Kinderalimentatie	Nee	Ja
Slovenië	Gezag Opvoeding Kinderalimentatie Omgang Hoofdverblijfplaats Informatieverstrekking aan het kind	Nee	Ja
Servië	Hoofdverblijfplaats	Nee	Ja

4. Overeenkomst is wel vereist voor voortzetting van gezamenlijk gezag

In alle vier de landen is het maken van de overeenkomst met betrekking tot de kinderen een formele voorwaarde voor het continueren van het gezamenlijk gezag na de scheiding. Die voorwaarde geldt zowel voor gehuwde als voor ongehuwde scheidende ouders. Als de ouders niet in staat zijn geweest om tot een overeenkomst te komen, of de overeenkomst door de rechter is afgekeurd, wordt een van de ouders met het gezag belast. De gedachte daarachter is dat het voortzetten van het gezamenlijk gezag na de scheiding slechts dan zinvol is als beide ouders dat wensen én als sprake van een goede verstandhouding tussen hen is.

In Oostenrijk en Portugal duurt het gezamenlijk gezag na scheiding slechts zolang voort als de ouders dat zelf willen. Als een van hen voortgezet gezamenlijk gezag niet meer ziet zitten - en mediation geen oplossing kan bieden - wordt een van de ouders met het gezag belast. De overeenstemming omtrent het gezag en de uitoefening daarvan is dus niet alleen een vereiste voor de voortzetting van het gezag op het moment van de scheiding, maar tevens een permanente voorwaarde voor diens voortbestaan.²⁴

²¹ Vraag 1: Over welke nevengevolgen betreffende de kinderen moeten afspraken worden gemaakt?

²² Vraag 2: Is het een voorwaarde voor het verbreken van de informele relatie?

²³ Vraag 3: Is het een voorwaarde voor voortgezet gezamenlijk gezag?

²⁴ Zie voor Oostenrijk: M. Roth, Austrian Report concerning the CEFL Questionnaire on Parental Responsibilities, Question 16a, in: K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner, European Family Law in Action, Volume III: Parental Responsibilities, Antwerp - Oxford: Intersentia, 2005.

Dat getuigt van een heel andere mentaliteit met betrekking tot het voortzetten van gezamenlijk gezag na scheiding, dan die waarop de huidige visie van de Nederlandse wetgever is gebaseerd. In Nederland loopt het gezamenlijk gezag sinds 1997 in beginsel van rechtswege door. Geen gezamenlijk verzoek van de ouders of een overeenkomst over de uitoefening van het gezag is daarvoor vereist. Sinds het arrest van de Hoge Raad van 10 september 1999²⁵ vormt zelfs het ontbreken van goede communicatie tussen de ouders in beginsel geen beletsel meer voor het continueren van het gezamenlijk gezag.

De Nederlandse benadering is in zijn algemeenheid in lijn met de situatie in het merendeel van de Europese landen, waar het gezamenlijk gezag na scheiding in beginsel van rechtswege doorloopt.²⁶ De algemene trend in Europa is om, zoals in Nederland, steeds minder voorwaarden voor de continuering van het gezamenlijk gezag te stellen. De regeling in Oostenrijk, Portugal en Slovenië en Servië vertegenwoordigt derhalve meer het verleden dan het heden van Europa.

Het koppelen van het voortzetten van gezamenlijk gezag aan het maken van een ouderschapsplan, zou in Nederland een stap terug zijn naar de situatie van vóór 1997. Dit zou zeer in het nadeel van een niet met het kind samenwonende ouder (in meer dan 85% van gevallen – de vader²⁷) kunnen werken, omdat de ouder waar het kind de hoofdverblijfplaats heeft, door het frustreren van de overeenkomst, ook het voortzetten van het gezamenlijk gezag zou kunnen tegenhouden.

5. Ontbreken van controlemogelijkheden

Zoals reeds sub 3 is gebleken, is het formele aanknopingspunt voor het maken van de bedoelde overeenkomst het moment van de verbreking van de informele relatie tussen de ouders. Dit formele aanknopingspunt is echter een groot probleem in alle vier de onderzochte landen. Het aanknopingspunt is natuurlijk ontleend aan de situatie bij echtscheiding. Bij echtscheiding is echter in deze vier landen altijd een overheidsinstantie betrokken (in alle landen de rechter, en in Portugal soms in plaats daarvan de ambtenaar van de burgerlijke stand). Door dit formele moment is het afdwingen van de verplichting tot een overeenkomst in de echtscheidingssituatie tamelijk eenvoudig.

Het verbreken van de informele relatie kent echter niet een dergelijk formeel moment, waarop de tussenkomst van een overheidsinstantie noodzakelijk is. Dat levert een groot

²⁵ HR 10 september 1999, NJ 2000, 20.

²⁶ K. Boele-Woelki, Parental responsibilities - CEFL's Initial Results, in: K. Boele-Woelki (Ed.), Common Core and Better Law in European Family Law, Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2005, p. 148-149.

²⁷ E. Spruijt, Het verdeelde kind. Literatuuronderzoek omgang na scheiding, Utrecht: New Impulse, 2002, p. 28.

probleem op. Hoewel de wettelijke regels van alle vier onderzochte landen het sluiten van de overeenkomst over kinderen formeel aan het verbreken van de relatie koppelen, is het naleven van deze verplichting nauwelijks te controleren. De overheidsinstanties krijgen namelijk geen informatie over het beëindigen van buitenhuwelijkse relaties, zolang de partners dat niet zelf ter kennis van de autoriteiten brengen.

Daardoor ontstaat de situatie dat - hoewel de wet voor het doorlopen van gezamenlijk gezag formeel een overeenkomst van de ouders en rechtelijke tussenkomst vereist - het automatisch voortgezet gezamenlijk gezag in alle vier de onderzochte landen wordt gedoogd. In de praktijk loopt de gezagsituatie van vóór het verbreken van de relatie derhalve gewoon door. In Oostenrijk en Slovenië is dit gedoogbeleid openlijk erkend. De houding in Portugal is, voor zover wij daarachter konden komen, meer aarzelend, maar komt in de praktijk op hetzelfde neer. In Servië is nog bijna geen ervaring opgedaan met de toepassing van de pas in 2005 in werking getreden regels.

6. *Lex imperfecta*

Per saldo moet worden geconcludeerd dat in de vier onderzochte landen op het punt van de verplichte overeenkomst over kinderen bij het verbreken van informele relaties sprake is van een aanzienlijke discrepantie tussen juridische en feitelijke realiteit. De wet eist dat voor of kort na het verbreken van de relatie de vereiste overeenkomst wordt gesloten en aan rechterlijke controle wordt onderworpen. In de praktijk worden na deze scheiding slechts informele mondelinge afspraken gemaakt. Die afspraken worden pas aan rechterlijke controle onderworpen, indien tussen de ouders problemen over hun ouderschap na scheiding rijzen.

Het ontbreken van wettelijke sancties op het niet-naleven van de verplichting om de bedoelde overeenkomst te maken, maakt de wettelijke regeling in alle vier de onderzochte landen tot een *lex imperfecta*. Het ontbreken van praktische prikkels om de gezagsverhouding na de scheiding te formaliseren (zoals het eisen van een formele autorisatie voor het handelen namens kinderen, of de aantastbaarheid van de verrichte rechtshandelingen), maakt het vereisen van deze overeenkomst slechts een declaratoire regeling die slechts vrijwillig wordt nageleefd.

7. *Toch niet helemaal een dode letter*

Tegelijkertijd is tijdens het onderzoek naar voren gekomen, dat de verplichting tot het sluiten van de bedoelde overeenkomst niet een volledig dode letter is. In Oostenrijk was de wetgever zich er immers wel degelijk van bewust dat de rechter in de praktijk geen weet zal hebben van een informele scheiding en dat de rechter daardoor geen controle kan uitoefenen op naleving van de plicht tot het overleggen van een overeenkomst. Toch koos de Oostenrijkse wetgever voor invoering van die verplichting, aangezien zij een rol gaat spelen, indien de gescheiden ouders naderhand problemen omtrent de uitoefening van het gezag krijgen en een van beide ouders zich alsnog tot de rechter wendt. En in Slovenië blijken ouders soms vrijwillig de vereiste overeenkomst ter goedkeuring aan de rechter voor te leggen, om zo meer rechtszekerheid te krijgen.

Bijlagen

- Bijlage 1: De informanten voor de vier geselecteerde landen
- Bijlage 2: Questionnaires en antwoorden
- Bijlage 3: Relevante wetteksten
- Bijlage 4: Lijst van geraadpleegde literatuur

Bijlage 1

DE INFORMANTEN VOOR DE VIER GESELECTEERDE LANDEN

OOSTENRIJK

Prof. Marianne Roth

Universiteit van Salzburg

PORTUGAL

Prof. Guilherme de Oliveira

en

Rosa Martins

Universiteit van Coimbra

SERVIË

Prof. Olga Cvejic Jancic

Universiteit van Novi Sad

SLOVENIË

Dr. Suzana Kraljić

Universiteit van Maribor

QUESTIONNAIRES EN ANTWOORDEN

Questionnaire Oostenrijk

At the moment there is a Governmental Bill in the Dutch Parliament, which seeks to encourage parents to make parental agreements regarding children before filing a petition for divorce or for dissolution of their registered partnership. The parents should agree on: division of care and educational tasks, visitation, exchange of information, decision-making, administration of property and child maintenance. Several Members of Parliament have suggested that making such agreement should also be encouraged when informally cohabiting parents are braking up their durable informal cohabitation. The Ministry of Justice has commissioned me to make an inquiry whether agreements of informally cohabiting parents with regard to the children are encouraged or required in other European countries.

My enquiry in legal literature revealed that Austria is one of the few European countries requiring such agreements. However, the study of literature (including your very insightful CEFL report on parental responsibility) alone was not enough to clarify several important aspects of the Austrian situation. For this reason I would like to ask you to be so kind to answer a few questions.

If I understood it correctly, after 2001 joint parental responsibility after divorce and separation of unmarried parents became possible under Austrian law. Para 167 (2) ABG makes the rules with regard to divorcing parents (para 177 and 177a) applicable to the case of the separation of unmarried parents. Thus a precondition for the continuation of joint parental responsibility of unmarried parents is that the parents, within reasonable time after the separation, reach an agreement on (1) the attribution of parental responsibility to both of them; (2) child residence. The court approves such agreement only if it considers it in the best interest of the child. In your report you write that: 'In practice, however, the court will usually not learn of the separation and thus not intervene unless one of the parents petitions the court.'

My questions are:

1. What does your remark that 'the court will usually not learn of the separation' mean more exactly? Does it mean that the requirement of the agreement of the separation cohabitees does not work at all? Is it a dead letter?
2. Are the cohabiting partners formally obliged or in any other way necessitated to inform the competent authorities of the termination of their cohabitation?
3. What would happen if cohabiting parents make no formal agreement with regard to the children after their separation, but just keep exercising parental responsibilities jointly, in the same manner as before the separation? Would they ever need any formal document or other kind of proof, stating that they are granted joint parental responsibility after the separation?
4. What would happen if the parents failed to make an agreement after the separation and keep exercising their parental responsibilities jointly, however, after some time the competent authorities have discovered that they have violated the duty to reach an agreement? Would all legal acts, made by the parent, who is not residing with the child after the separation, be void?
5. The agreement should be made 'within reasonable time after the separation'. But it might be difficult to establish when exactly the informal cohabitation has ended. What will happen if

the parents make such agreement only later, when, for instance, they are confronted with the need for a formal document/proof of their joint parental responsibilities?

6. Is any particular form prescribed for the agreement with regard to the children?

7. Are there any other subjects, in addition to the child's residence, on which the parents are obliged to decide, for instance maintenance, visitation, exchange of information, decision-making, administration of property? Do the courts usually require decisions on any other subjects?

8. Is there any control on the part of the competent authorities with regard to the execution of the agreement in respect of the children?

9. What were the reasons for the promulgation of these rules in 2001? How are they received by Austrian practitioners and academics?

Antwoord Prof. M. Roth

Ad 1. It is no dead letter law. Though, the provision has been characterised by some scholars as out of touch with reality if the court will not learn about the separation of the parents. The legislator, however, was very well aware of that fact. The break-up of informally cohabiting parents is similar to the separation of spouses without formal divorce. In such a situation, according to sec. 177b of the Austrian Civil Code (ABGB), the court only decides upon request of one of the spouses. In this case, if the parents remain inactive, joint parental responsibility remains unchanged (WEITZENBÖCK in: M. SCHWIMANN, *Praxiskommentar zum ABGB*, Vol. I, 2nd Edition, Vienna: LexisNexis ARD Orac, 2005, § 177b Marg. No. 3). In practice, joint parental responsibilities will continue also in case of the break-up of informally cohabiting parents until one of the parents contacts the court. After knowledge, the court primarily has to attempt that the parents reach an agreement (sec. 177a ABGB). Sometimes mediation may be helpful. Therefore, the court can suspend the proceedings for a limited period of time up to 6 months (sec. 29 of the Non-Contentious Proceedings Act [Außerstreitgesetz]). If necessary, interim orders can be enacted. Only if an agreement finally fails, the court will entrust one of the parents with sole responsibility according to the best interests of the child.

Ad 2. Generally, there is no formal obligation to inform the authorities of the termination immediately. However, according to sec. 177/2 ABGB the parents have to submit an agreement with whom the child will primarily reside, which will provide information to the court. However, this duty to submit an agreement on the primary residence of the child is a *lex imperfecta* which means that there is no legal sanction if this duty is violated. As already mentioned above, in practice, joint parental responsibilities will continue until one of the parents contacts the court.

Ad 3. No, generally they do not need any formal document. As long as the court does not discharge a parent of his/her parental responsibilities, each parent can exercise parental responsibilities according to the general legal rules.

Ad 4. As long as the court does not formally discharge a parent of his/her parental responsibilities, his/her legal and other acts with respect of the child are binding and valid. The duty to reach an agreement constitutes a *lex imperfecta* which means that a violation will not entail legal consequences unless it indicates a behaviour that is against the best interests of the child.

Ad 5. See above 2.-4.

Ad 6. No, there is no special form requirement. Agreements can be made before the court or out of court. For approval of the agreement by the court, however, documentary form is necessary (cf. HABERL in: M. SCHWIMANN, *Praxiskommentar zum ABGB*, Vol. I, 2nd Edition, Vienna: LexisNexis ARD Orac, 2005, § 167 Marg. No. 5).

Ad 7. No, the parents need only reach an agreement with whom the child will primarily reside.

Ad 8. The courts only act upon knowledge of grievances.

Ad 9. According to the government bill, today it is unjustifiable discriminatory and inconsequent to refuse joint parental responsibilities if parents living apart — whether out of wedlock or after divorce — are willing to take responsibility for their children. Supporter of joint parental responsibilities emphasize that — in accordance with psychological expertise — security and continuity must be warranted as far as possible in the difficult time of separation of the parents. As psychological science stresses the importance of a primary residence and continuity in education, the parents are required to reach an agreement with whom the child will primarily reside.

Questionnaire Portugal

At the moment there is a Governmental Bill in the Dutch Parliament, which seeks to encourage parents to make parental agreements regarding children before filing a petition for divorce or for dissolution of their registered partnership. The parents should agree on: division of care and educational tasks, visitation, exchange of information, decision-making, administration of property and child maintenance. Several Members of Parliament have suggested that making such agreement should also be encouraged when informally cohabiting parents are braking up their durable informal cohabitation. The Ministry of Justice has commissioned me to make an inquiry whether agreements of informally cohabiting parents with regard to the children are encouraged or required in other European countries.

My enquiry in legal literature revealed that Portugal is one of the few European countries requiring such agreements. However, the study of literature (including you very insightful CEFL report on parental responsibility) alone was not enough to clarify several important aspects of the Portuguese situation. For this reason I would like to ask you to be so kind to answer a few questions.

If I understood it correctly, after 2001 joint parental responsibility after divorce and separation of unmarried parents became possible under Portuguese law. Art. 1912 of the Civil Code makes the rules with regard to divorcing parents (Arts. 1904-1907) applicable to the case of the separation of the unmarried parents. Thus the precondition for the continuation of joint parental responsibility of unmarried parents is that the parents reach an agreement on (1) the future of the child; (2) child maintenance and its form. The court approves such agreement only if it considers it in the best interest of the child. According to Art 1906 the parents ‘may also’ agree on the decision-making with regard to the issues concerning the child and administration of child property.

My questions are:

1. The cohabiting parents may acquire joint parental responsibility when they are living together. In order to keep this after the separation they need to reach an agreement. But the cohabitation ends without any formal acts. How would the competent authorities learn about the termination of cohabitation, and the fact that the situation with regard to joint parental responsibility has changed?
2. Are the cohabiting partners formally obliged or in any other way necessitated to inform the competent authorities of the termination of their cohabitation?
3. What would happen if cohabiting parents make no formal agreement with regard to the children after their separation, but just keep exercising parental responsibilities jointly, in the same manner as before the separation? Would they ever need any formal document or other kind of proof, stating that they are granted joint parental responsibility after the separation?
4. What would happen if the parents failed to make an agreement after the separation and keep exercising their parental responsibilities jointly, however, after some time the competent authorities have discovered that they have violated the duty to reach an agreement? Would all legal acts, made by one or both of the parents after the separation, be void?
5. Should the agreement with regard to the children be made right after the separation (it may be establish when exactly the informal cohabitation has ended), or can the parents make it any time after the separation, for instance, when they would need a formal document/proof of their joint parental responsibilities.
6. Is any particular form prescribed for the agreement with regard to the children?
7. Did I understand it correct: the agreement with regard to the children, made by separated cohabitees, should be approved by the court: while the agreement of divorcing spouses should

be approved by the Civil Registry Office after sending it for scrutiny to the Department of Justice?

8. The separating parents are obliged to agree on 'the future of the child' and the child maintenance. What should comprise the agreement on the future of the child: child residence; visitation rights; exchange of information, anything else?

9. The agreements on decision-making with regard to the issues concerning the child and administration of child property are optional. Do the courts usually encourage parents to make them? Are there any advantages to the making of such agreement?

10. Is there any control on the part of the competent authorities with regard to the execution of the agreement in respect of the children?

11. What were the reasons for the promulgation of these rules in 2001?

12. How do these rules work in practice? Are they a dead letter? Are there any problems with the control on such agreements?

Antwoord R. Martins in opdracht van Prof. G. de Oliveira

(vragen zijn geïntegreerd)

The joint exercise of parental responsibilities became possible after 1995 - Law no. 84/95, 31st of August - and in 1999 became the law's preferred model of exercising parental responsibilities - Law no.59/99, 30th of June. In 2001 (Decree-law no. 272/2001), there was a reform that changed the process of divorce by mutual consent and therefore also changed some rules about parental responsibilities and their exercise after divorce.

Parents who are divorcing must agree on three major themes: destination or future of the child (where the child is going to live or with which parent is the child going to stay), visitation rights and child's maintenance.

1. The cohabiting parents may acquire joint parental responsibility when they are living together. In order to keep this after the separation they need to reach an agreement. But the cohabitation ends without any formal acts. How would the competent authorities learn about the termination of cohabitation, and the fact that the situation with regard to joint parental responsibility has changed?

The competent authorities may learn about the ending of the parent's cohabitation by a formal request of one of them to regulate the parental responsibilities, by a declaration of the Public Attorney if this situation comes into her/his knowledge and by an information of the Social Security or other entity like the school, the hospital, the commission on children's protection, etc.

2. Are the cohabiting partners formally obliged or in any other way necessitated to inform the competent authorities of the termination of their cohabitation?

The law does not directly impose any obligation for the cohabiting partners of informing the authorities of the ending of their cohabitation. However it states that in case of divorce, judicial separation or annulment of marriage and ending of the cohabitation, parents should agree on parental responsibilities (article 1905 no.1 and 1912 Portuguese Civil Code).

3. What would happen if cohabiting parents make no formal agreement with regard to the children after their separation, but just keep exercising parental responsibilities jointly, in the

same manner as before the separation? Would they ever need any formal document or other kind of proof, stating that they are granted joint parental responsibility after the separation?

Parents will probably need a formal document stating to whom the custody of the child is granted in situations related to the child's education, authorization for going abroad and for claiming social security subsidies.

4. What would happen if the parents failed to make an agreement after the separation and keep exercising their parental responsibilities jointly, however, after some time the competent authorities have discovered that they have violated the duty to reach an agreement? Would all legal acts, made by one or both of the parents after the separation, be void?

The law does not impose to the parents an obligation of reaching an agreement. This agreement is only thought to be the best solution according to the child's best interest. When parents don't reach an agreement, the court will decide about parental responsibilities.

In those situations where parental responsibilities are not yet regulated, the acts carried out by one of the parents may be questioned when the child's custody is not attributed to that parent.

5. Should the agreement with regard to the children be made right after the separation (it may be established when exactly the informal cohabitation has ended), or can the parents make it any time after the separation, for instance, when they would need a formal document/proof of their joint parental responsibilities.

There is no formal time period for the unmarried parents to regulate parental responsibilities of the ending of their cohabitation.

In those cases when the regulation of parental responsibilities is promoted by the Public Attorney, it is usual to wait some months after the parents' separation to prevent the regulation from being useless due to an eventual parents' reconciliation.

6. Is any particular form prescribed for the agreement with regard to the children?

There is no particular form to be observed in an agreement regarding the child except the fact of this agreement must be reached in the context of a judicial proceeding.

An agreement regarding the child must include three partial agreements: the destination or future of the child, visitation rights and child's maintenance.

7. Did I understand it correct: the agreement with regard to the children, made by separated cohabitants, should be approved by the court: while the agreement of divorcing spouses should be approved by the Civil Registry Office after sending it for scrutiny to the Department of Justice?

In deed such a difference exists after 2001 but, in my opinion, this difference was not wanted by the legislator.

8. The separating parents are obliged to agree on 'the future of the child' and the child maintenance. What should comprise the agreement on the future of the child: child residence; visitation rights; exchange of information, anything else? When the law refers to the future of the child it wants to refer to his/her destination and to the visitation rights of the non custodial

parent. Despite not having the child custody, the non custodial parent has the right of surveillance of the education and conditions of live of his/her child (Article 1906 no.4 Portuguese Civil Code). This right of surveillance demands a right of being informed about all important matters regarding the child.

9. The agreements on decision-making with regard to the issues concerning the child and administration of child property are optional. Do the courts usually encourage parents to make them? Are there any advantages to the making of such agreement?

Usually, courts do not encourage such agreements. The main advantage is to have both parents involved.

10. Is there any control on the part of the competent authorities with regard to the execution of the agreement in respect of the children?

There is only control by the competent authorities when one of the parents claims that the agreement is not being correctly observed.

11. What were the reasons for the promulgation of these rules in 2001? Please see above the little introduction.

12. How do these rules work in practice? Are they a dead letter? Are there any problems with the control on such agreements?

As there is no direct obligation for unmarried parents to make agreements about parental responsibilities after a certain period after their separation, it is difficult to say if these rules do work in practice. In what concerns the control of these agreements, one must say that controlling whether unmarried parents are agreeing or not on parental responsibilities after their separation is very difficult; controlling if the agreements made are being respected is done and there are no differences in relation to agreements established by divorcing parents.

There are no statistic data on this subject.

Questionnaire Slovenië

At the moment there is a Governmental Bill in the Dutch Parliament, which seeks to encourage parents to make parental agreements regarding children before filing a petition for divorce or for dissolution of their registered partnership. The parents should agree on: division of care and educational tasks, visitation, exchange of information, decision-making, administration of property and child maintenance. Several Members of Parliament have suggested that making such agreement should also be encouraged when informally cohabiting parents are braking up their durable informal cohabitation. The Ministry of Justice has commissioned me to make an inquiry whether agreements of informally cohabiting parents with regard to the children are encouraged or required in other European countries.

My enquiry in legal literature revealed that Slovenia is one of the few European countries requiring such agreements. However, the study of literature alone was not enough to clarify several important aspects of the Slovenian situation. For this reason I would like to ask you to be so kind to answer a few questions.

In Slovenia durable cohabitation outside marriage has been equalised with marriage with regard of its legal consequences already in 1976. This makes the Slovenian situation in many respects unique for Europe.

In your article in the CEFL conference book you have written the following passage:

‘If cohabitation comes to an end either mutually or unilaterally, it is also necessary to reach an agreement concerning the common children. The cohabitants may agree on custody, the upbringing and maintenance of the children and on visitation rights. As there is no formal requirement for commencing cohabitation, there are also none for its termination. This means that, provided there is agreement between the cohabitants as to custody, the upbringing and the maintenance of the children, their agreement is not subject to any control. Only if the cohabitants are unable to agree the Court will intervene. The Court will only approve their agreement if it benefits the children. The agreement is to be controlled ex officio. If the Court establishes that there is no proper provisions for the children, it will urge the parents to amend the agreement accordingly. If they do not do so, the Court may reach a decision on its own volition.’

My questions are:

1. Is there any English, German, French or Russian translation of the MFRA? If there is, is it possible to get access to it?
2. Are the cohabiting partners formally obliged or in any other way necessitated to inform the competent authorities of the termination of their cohabitation?
3. Are parents obliged to reach an agreement with regard to the common children, or they are only allowed to do so?
4. If the parents are obliged to reach the agreement, what are the sanctions for not fulfilling this duty?
5. If parents are not obliged to reach the agreement, what stimulates them to make such agreements?
6. Should the agreement with regard to the children be made right after the separation (it may be difficult to establish when exactly the informal cohabitation has ended), or they can conclude it any time after the separation?
7. What is the prescribed content of the agreement? Are parents obliged to agree with regard to custody, the upbringing and maintenance of the children and on visitation rights? Or are these only the provisions, on which the parents commonly agree? Do parents also often agree

on how the future decision-making with regard to important issues concerning the child (including the administration of the child's property) and the way of providing the parent, not living together with the child, with information about the child?

8. What is meant with 'agreement on custody': attribution of legal custody: parental responsibility, or deciding on factual custody: the child residence?

9. Is reaching an agreement a precondition of continuation of joint parental responsibility after the separation of unmarried parents?

10. Is there any control on the part of the competent authorities with regard to the execution of the agreement in respect of the children?

11. The agreements are not subjected to any control. Do parents make them in practice, or it is a dead letter? Are there any (statistical) data?

12. Is any particular form prescribed for such agreements? If not, how an oral agreement can be proven in case the parents later disagree or have problems with the enforcement?

13. If the parents have made an agreement, but later got problems with its execution they can go to court, and the court will enforce the agreement after a scrutiny, or will decide itself on the disputed issue. What is the difference between the situation, when the parents, who made an agreement, later go to court for its enforcement; and when the parents, who have not made any agreement, later go to court in order to resolve the problem?

14. What were the reasons for promulgation of these rules? Is this just a consequence of the legal equalisation of informal cohabitation with marriage? I mean, are the rules with regard to divorcing spouses simply extrapolated to the termination of informal cohabitation?

Antwoord Dr. S. Kraljić

1.

There is translation of the MFRA into German language, but I am not convinced, whether it is fully actualized. The publishing was made by Ferid/Bergmann, Internationales Familienrecht, Länderteil Slowenien.

2. + 3. + 4. + 11.

In 2004 a novel of the MFRA was adopted bringing news in the field of regulations of relation between parents and children. Now, article 105 provides that, if the parents do not live or will not live together, they have to agree on the custody and up-bringing of the common children in accordance with their interests. Thus, MFRA also imposes to the cohabitants to agree at the end of their partnership also on the custody and up-bringing of the common children. The parents agree regarding the wording of MFRA that both have or retain, respectively, the custody and up-bringing of the children (joint parenthood is an essential novelty introduced by the novel of the MFRA-C from 2004) or that all children are in the custody and up-bringing at one of them or that some children are at one and others at the other parent. If they do not meet an agreement at all, the center for social work helps in the elaboration of the agreement.²⁸ If the parents agree on custody and up-bringing of children, they can propose that the court of justice files a conclusion on that. If the court of justice establishes that the agreement is not in accordance with the interests of the child, the proposal is rejected. If the parents, even by the help of the center of social work, do not meet

²⁸ Before the adaptation of the novel of MFRA – B from 2001, competence regarding custody and up-bringing and personal contact of the children born outside wedlock is within the competence of the center of social work. Upon custody and up-bringing of children born in wedlock, the court of justice decided at divorce. The mentioned dualism led to a ruling by the Constitutional Court of the RS on the accordance of MFRA with the Constitution, and it established that it is a discriminatory handling of children based on birth. Therefore in 2001, the novel of MFRA ZZZDR – B was adopted followed by novel MFRA – C in 2004.

an agreement on the custody and up-bringing of the children, the court of justice, based on the motion by one or the other parent, decides that all children stay under custody or up-bringing of one parent or that some children stay with one parent and others at the other parent. The court of justice *ex officio* also decides that all or some children are trusted to the custody and up-bringing to another person. Before the court of justice decides, it has to obtain the expertise of the center for social work regarding the child's best interest. The court of justice also respects the opinion of the child, if the child expresses its will by itself or by a person, to whom it trusts and who it chooses alone and if it is capable of understanding its meaning and consequence.

From the mentioned, it deprives that cohabitants are formally bound to agree on custody and up-bringing of children at the ending of their living community, if they have common children, for whom they have the parental rights. As cohabitation emerges in a non-formal way, it also ends in a non-formal way. Therefore, in practice, there frequently is no information on when cohabitation ended, indeed. The court of justice is included only, when unsolved questions between the partners remain, in the relation regarding the children, as well as between themselves. Where the partners can agree and accordingly regulate custody and up-bringing, maintenance and personal contacts, it is not even necessary to include the court of justice and the center for social work. MFRA in its article 105 determines that parents, at the end of their living community (encompassed are marriage as well as cohabitation), have to agree on the mentioned matters regarding the children, but this obligation is given only in the case of matrimony. If the parents do not agree, the court of justice will decide – without the decision on the children, a divorce can not be carried out. This is not necessary in the case of cohabitation, right because of the reason of non-formality of establishment, since the parents are not obliged to inform the state body on the ending of their cohabitation. The court of justice will be informed on the ending of cohabitation only, when one or both partners turn to it, because they want to regulate their open questions in judicial proceedings. But, if the partners are capable to resolve all the matters by themselves, there is no inclusion of the court of justice. MFRA imposes to the parents only the duty to agree on custody, up-bringing, maintenance and personal contact of the children, but it does not impose the cooperation of the court of justice. Therefore, there are also no sanctions provided, since no supervision over the ending of cohabitation is possible. The courts of justice are included only based on the activity of one or both partners, who turn to the court of justice with their demands or claims (depending on whether it is a litigious or non-litigious proceeding).

5.

If the parents do not live together or will not live together any more, they have to agree on custody, up-bringing, maintenance and personal contact – but MFRA gives the parents the possibility to agree on that by themselves. If they conclude an agreement, the court of justice files a conclusion in non-litigious proceedings (the court verifies whether the agreement is for the children's best interest). The agreements between the parents (cohabitants) are frequently first oral, and later, when first problems arise (unpaid maintenance, hindering of personal contact), the parents turn to the court of justice, since they wish to have all matters legally regulated by the court of justice, since they see that the relations agreed in form of oral agreements are frequently violated. Judicial rulings give them a stronger feeling of security. Therefore, also in the case of ending of cohabitation, the parents frequently immediately turn to the court of justice, in order to regulate their relation as soon as possible.

6.

Naturally, it is best that the agreement is made directly at the ending of cohabitation. But, as mentioned, the partners – parents – frequently turn to the court of justice only when the relations get difficult or when they see, respectively, that their oral agreements are not respected. Most frequently, mothers demanding for a judicial regulation of maintenance of the children turn to the court of justice.

7.

The parents shall agree on: custody and up-bringing, maintenance of the children and personal contact. And these are most frequently the points contained by the agreement. Agreements on the deciding on the child's property are included especially rarely. Article 113 MFRA determines that, when the parents do not live together and do not both have custody and up-bringing over the children, they decide on questions that essentially affect the development of the child, both accordingly, in accordance with the child's interests. If they do not agree upon this alone, the center for social work helps them to conclude the agreement. The questions of every day living of the child are resolved by the parent having custody and up-bringing over the child. And since deciding on property frequently is a part of the child's living, the parent, where the child lives, decides on these questions. On more important questions (also about property) the parents have to decide unanimously. But, if the parents (on the mentioned matters) do not agree on the questions essentially affecting the development of the child even with the help by the center for social work, based on the proposal of one or the other parent, the court of justice decides in non-litigious proceedings. The proposal has to have attached the confirmation by the center for social work that the partners tried to find an agreement on the carrying out of the parental rights by its help. Before the court of justice decides, it has to obtain the expertise of the center for social work on the child's interests. The court respects also the opinion of the child, if the child expressed it personally or by a person of its trust and chosen by the child and if it is capable of understanding its meaning and the consequences. When one of the parents is hindered at execution of the parental right, it is carried out by the other parent alone.

8.

The agreement on custody and up-bringing encompasses the decision, where the child is going to live, which parent is going to decide on the every day matters. The decision on where the child is going to live also binds the consequences connected to the handing over and the informing of the children. If something has to be handed to a minor child or it has to be informed, this can be handed legally or told to one or the other parent, but if the children do not live together, to the parent, where the child lives. If both parents have custody and up-bringing of a child, they have to agree on the residence of the child and on the fact, to whom of them to hand over a sending for the child.

9.

Yes, joint parenthood after the cohabitation is only possible, if the parents meet an agreement.

10.

If the parents agree without turning to the court of justice, there is no control over their agreement. But, if the parents turned to the court of justice and suggested to the court of

justice to decide based on their agreement, to find a conclusion in non-litigious proceedings, the court of justice has to verify *ex officio* whether the agreement is in the child's best interest. If the court of justice establishes that the agreement is not in the interests of the child, it is rejected.

12.

The parents orally agree, but the majority seeks for legal protection and concludes written agreements and consequently, right because of this, they turn to the court of justice and wish a confirmation of their agreement by the court of justice.

13.

Without an agreement – the court of justice will decide alone first in such a case.

Prior agreement – the court of justice verifies its content and finds a conclusion in non-litigious proceedings. If then this agreement is not carried out its execution can be demanded (here, the unpaid maintenance or the hindering of personal contact is most frequent) based on the Act on Execution and Insurance.

14.

The reasons for a regulation after MFRA is that in the first line, discrimination of children born inside or outside wedlock shall be prevented. Protection is mainly intended for children. Namely, MFRA determines in its article 12 that a longer lasting living community of a man and a woman, who did not enter matrimony, has the same consequences for them after this act, as if they entered matrimony, if there are no reasons that matrimony between them would be invalid. By this, only legal consequences are meant deriving from MFRA (in other fields such a community has legal fields, if the referring act determines this) and from the relation between the partners (e.g. common property, maintenance...), but not relations between parents and children (e.g. for a child born in valid cohabitation, the assumption of fatherhood is not valid). The legal connection with the mother is established by birth, already, while the legal binding towards the father is established only with recognition or judicial establishment of fatherhood, i.e. *ex tunc* from the time of birth.

Questionnaire Servië

At the moment there is a Governmental Bill in the Dutch Parliament, which seeks to encourage parents to make parental agreements regarding children before filing a petition for divorce or for dissolution of their registered partnership. The parents should agree on: division of care and educational tasks, visitation, exchange of information, decision-making, administration of property and child maintenance. Several Members of Parliament have suggested that making such agreement should also be encouraged when informally cohabiting parents are braking up their durable informal cohabitation. The Ministry of Justice has commissioned me to make an inquiry whether agreements of informally cohabiting parents with regard to the children are encouraged or required in other European countries.

My enquiry in legal literature revealed that Serbia is one of the few European countries requiring such agreements. However, the study of literature alone was not enough to clarify several important aspects of the Serbian situation. For this reason I would like to ask you to be so kind to answer a few questions.

I have understood that with the enactment of the Serbian Family Act in 2005 Serbia equated durable cohabitation outside marriage with the formal marriage with regard to its legal consequences. Article 75 of the Family Act provides that unmarried parents can have joint parental responsibility after their separation, if they have reached an agreement on joint exercise of parental rights and the court has approved such an agreement.

Article 76 prescribes that such agreement should be in the best interests of the child, and that the parents should at least reach an agreement on child's residence.

My questions are:

1. The cohabiting parents have joint parental responsibility when they are living together. In order to keep this after the separation they need to reach an agreement. But the cohabitation ends without any formal acts. How would the competent authorities learn about the termination of cohabitation, and the fact that the situation with regard to joint parental responsibility has changed?
2. Are the cohabiting partners formally obliged or in any other way necessitated to inform the competent authorities of the termination of their cohabitation?
3. What would happen if cohabiting parents make no formal agreement with regard to the children after their separation, but just keep exercising parental responsibilities jointly, in the same manner as before the separation? Would they ever need any formal document or other kind of proof, stating that they are granted joint parental responsibility after the separation?
4. Should the agreement with regard to the children be made right after the separation (it may be difficult to establish when exactly the informal cohabitation has ended), or can the parents conclude it any time after the separation, for instance, when they would need a formal document/proof of their joint parental responsibilities.
5. What would happen if the parents failed to make an agreement after the separation and keep exercising their parental responsibilities jointly, however, after some time the competent authorities have discovered that they have violated the duty to reach an agreement? Would all legal acts, made by one (or both) of the parents after the separation, be void?
6. Is any particular form prescribed for the agreement with regard to the children?
7. Are there any other subjects, in addition to the child's residence, on which the parents are obliged to decide? Do the courts usually require decisions on any other subjects?

8. Is there any control on the part of the competent authorities with regard to the execution of the agreement in respect of the children?
9. What were the reasons for the promulgation of these rules? Is this just a consequence of the legal equalisation of informal cohabitation with marriage? I mean, are the rules with regard to divorcing spouses simply extrapolated to the termination of informal cohabitation?
10. Is there already any experience with how the new rules work in practice? Are there any problems with the control on such agreements?

Antwoord Prof. O. Cvejic Jancic

Your questions are very good and mean that there are a lot of gaps in our new law. Namely, regarding the children born out of wedlock if the parents are separated it is enough that they reach an oral agreement on joint or individual parental responsibility. There is no need of any approval of competent authorities (in our law it is the court) until the parents are in accordance about parental responsibility.

Only in case the parents cannot reach an agreement about children, the court shall decide. Also, if parents, later during the court proceeding nevertheless reach an agreement, court shall decide if it is in the best interest of the child. So, the parents of the child born in and out of wedlock are equalized, but their legal situation is not the same, and it is not possible to oblige the parents of the child born out of wedlock to ask the court for the approval because they are also not obliged to register either their union or the end of their cohabitation. Unfortunately, we do not yet have any experience with how the new rules work in practice. I hope I was clear with my answers, but if you need any other information about our law, please do not hesitate to write to me.

RELEVANTE WETTEKSTEN²⁹

**ALLGEMEINES BÜRGERLICHES
GESETZBUCH
(Oostenrijk)
JGS Nr. 946/1811**

§ 167. (1) Leben die Eltern des Kindes in häuslicher Gemeinschaft, so können sie vereinbaren, dass in Hinkunft beide Elternteile mit der Obsorge betraut sind. Das Gericht hat die Vereinbarung zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht. Hebt ein Elternteil die häusliche Gemeinschaft nicht bloß vorübergehend auf, so sind die §§ 177 und 177a entsprechend anzuwenden.

ENTZIEHUNG ODER EINSCHRÄNKUNG DER OBSORGE

§ 177. (1) Wird die Ehe der Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt, so bleibt die Obsorge beider Eltern aufrecht. Sie können jedoch dem Gericht - auch in Abänderung einer bestehenden Regelung - eine Vereinbarung über die Betrauung mit der Obsorge vorlegen, wobei die Betrauung eines Elternteils allein oder beider Eltern vereinbart werden kann. Im Fall der Obsorge beider Eltern kann diejenige eines Elternteils auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt sein.

(2) In jedem Fall einer Obsorge beider Eltern haben sie dem Gericht eine Vereinbarung darüber vorzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufhalten soll. Dieser Elternteil muss immer mit der gesamten Obsorge betraut sein.

(3) Das Gericht hat die Vereinbarung der Eltern zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht.

§ 177a. (1) Kommt innerhalb angemessener Frist nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe der Eltern eine Vereinbarung nach § 177 über den hauptsächlichlichen Aufenthalt des Kindes oder über die Betrauung mit der Obsorge nicht zustande oder entspricht sie nicht dem Wohl des Kindes, so hat das Gericht, wenn es nicht gelingt eine gütliche Einigung herbeizuführen, zu entscheiden, welcher Elternteil künftig allein mit der Obsorge betraut ist.

(2) Sind beide Eltern gemäß § 177 nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung ihrer Ehe mit der Obsorge betraut und beantragt ein Elternteil die Aufhebung dieser Obsorge, so hat das Gericht, wenn es nicht gelingt eine gütliche Einigung herbeizuführen, nach Maßgabe des Kindeswohles einen Elternteil allein mit der Obsorge zu betrauen.

²⁹ Helaas is van de relevante Sloveense wetsartikelen geen recente vertaling in een courante taal voorhanden.

§ 177b. Die vorstehenden Bestimmungen sind auch anzuwenden, wenn die Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes nicht bloß vorübergehend getrennt leben. Doch entscheidet das Gericht in einem solchen Fall über die Obsorge nur auf Antrag eines Elternteils.

CIVIL CODE (Portugal)

Article 1905: Divorce, judicial separation of spouses and property, declaration of nullity or annulment of the marriage

1. In the case of divorce, judicial separation of persons and property, declaration of nullity or annulment of the marriage, the future of the child, maintenance and its form, will all be regulated by an agreement between the parents, subject to the approval by the court. Approval will be denied when the agreement does not serve the interests of the underage child, the interest of the child being in close contact with the parent who does not have custody being included.

2. In the absence of agreement, the Court will rule safeguarding the interests of the underage child, including that of keeping close contact with the parent who does not have custody. The child may be entrusted to either parent or, whenever any circumstance referred to in article 1918 occurs, to a third person or to a re-education or welfare institution. (Text of Law 84/95, of 31 August)

Article 1906: Custody in case of judicial separation of spouses and property, declaration of nullity or annulment of the marriage

1. Providing the parents reach an agreement, custody is exercised by both of them, deciding the issues that regard the child's life in circumstances similar to those that characterise wedlock.

2. In the absence of such an agreement, the court will decide that custody is exercised by the parent to whom the child is entrusted.

3. Parents may also agree on some issues being decided by both of them or on the administration of the child's property being the responsibility of the parent to whom the child has not been entrusted.

4. The parent who does not have custody is entitled to oversee the child's education and his or her living conditions. (Text of Law 59/99, of 30 June)

Article 1912: Regulating the exercising of custody

With the necessary adjustments, the provisions of articles 1904 to 1907 are applicable to the case referred to in the previous number. (Text of Decree-Law 496/77, of 25 November)

FAMILY ACT

(Serbia)

PUBLISHED IN THE OFFICIAL HERALD OF THE REPUBLIC OF SERBIA NO. 18/2005 ON FEBRUARY 24, 2005.

Nonmarital cohabitation

Article 4 (1) Nonmarital cohabitation is the sustained cohabitation of a man and a woman between whom there are no marriage impediments (cohabitees).

(2) Cohabitees have the rights and duties of spouses under the conditions of this Act.

Paternity

Article 45 (1) The husband of the child's mother is to be considered the father of a child born in marriage.

Joint Exercise of Parental Rights

Article 75 (1) Parents exercise parental rights jointly and consensually when they cohabit.

(2) Parents also exercise parental rights jointly and consensually when they do not cohabit, if they conclude an agreement on joint exercise of parental rights, and if the court finds that this agreement is in the best interest of the child.

Agreement on Joint Exercise of Parental Rights

Article 76 (1) In an agreement on joint exercise of parental rights the child's parents agree in writing to perform parental rights and duties jointly and with mutual consent, which has to be in the best interest of the child.

(2) The agreement on joint exercise of parental rights includes an agreement on what is to be considered as the child's residence.

Individual Exercise of Parental Rights

Article 77 (3) One parent exercises parental rights alone on the basis of a court decision when parents do not cohabit, and have not concluded an agreement on the exercise of parental rights.

This Act enters into force on the eighth day from the day of being published in the "Official Herald of the Republic of Serbia", and is to be applied as of July 1, 2005, except for provisions referred to in Article 203 paragraph 2 and 3 of this Act which are to be applied as of July 1, 2006.

LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR EN RAPPORTEN

M.V. Antokolskaia, De voorstellen tot hervorming van het echtscheidingsrecht: naar de vorm modern, naar de inhoud een stap terug, WPNR 6636 (2005), p. 740-741; M.V. Antokolskaia, Administratieve echtscheiding vanuit nationaal en internationaal perspectief, in: M.V. Antokolskaia (red.), Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap, Amsterdam: SWP, 2006, p. 32 e.v.

M.V. Antokolskaia, Nederlands echtscheidingsrecht en *the CEFL Principles on Divorce* Welke is '*the Better Law*'?, Oratie Vrije Universiteit Amsterdam 2006, ter perse.

K. Boele-Woelki (ed.), Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2003

K. Boele-Woelki e.a., Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2004

K. Boele-Woelki, Parental responsibilities - CEFL's Initial Results, in: K. Boele-Woelki (Ed.), Common Core and Better Law in European Family Law, Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2005, p. 141-168.

K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (eds.), European Family Law in Action. Volume I - Grounds for Divorce, Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2003

K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner (eds.), European Family Law in Action. Volume II - Maintenance between Former Spouses, Antwerpen – Oxford: Intersentia, 2003

K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Curry-Sumner, European Family Law in Action, Volume III - Parental Responsibilities, Antwerpen - Oxford: Intersentia, 2005

L.M. Coenraad, Procederen over het voortgezet ouderschap. Te weinig aandacht voor het procesrecht in het wetsvoorstel Luchtenveld, in: M.V. Antokolskaia (red.), Herziening van het echtscheidingsrecht. Administratieve echtscheiding, mediation, voortgezet ouderschap, Amsterdam: SWP, 2006, p. 69 e.v.

O. Cvejic Jancic, Maintenance duties of parents towards children, in: The International Survey of Family Law, 2003, Edition, Bristol: Jordan Publishing Ltd., p. 453 e.v.

M. Draškić en G. Kovaček Stanić, The New Family Act of Serbia, in: The International Survey of Family Law, 2006 Edition, Bristol: Jordan Publishing Ltd., p. 357 e.v.

M. Geč-Korošec en S. Kraljić, The influence of validly established cohabitation on legal relations between cohabitants in Slovene law, in: The International Survey of Family Law, 2001 Edition, Bristol: Jordan Publishing Ltd., p. 383 e.v.

M. Geč-Korošec en V. Rijavec, Slovenia: Post-independence changes in family law regulation, *University of Louisville Journal of Family Law*; vol. 33 (1995), afl. 2, p. 485 e.v.

M. Geč-Korošec en S. Kraljić, The influence of socio-economic changes and the new legislation on family law, in: *The International Survey of Family Law*, 1996 Edition, Bristol: Jordan Publishing Ltd., p. 417 e.v

Haberl, in: M. Schwimann, *Praxiskommentar zum ABGB*, Vol. I, 2. Dr., Wien: LexisNexis ARD Orac, 2005, § 167 Marg. No. 5.

S. Kraljić, Consequences deriving from cohabitation-relations between partners and between parents and children, in: *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Antwerp-Oxford-New York: Intersentia, 2003, p. 339 e.v.

A. Mom, Reform des Scheidungsrechts in den Niederlanden: die Einführung der Registerscheidung, *FamPra.ch* 2006/2, p. 358 e.v.

P. Sarcevic, Cohabitation without Formal Marriage in Yugoslaw Law, in: J.M. Eckelaar en S.N. Katz (eds.), *Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies*, Toronto: Butterworths, 1980, p. 293 e.v.

E. Spruijt, *Het verdeelde kind. Literatuuronderzoek omgang na scheiding*, Utrecht: New Impulse, 2002

Questionnaire 'Ouderlijke verantwoordelijkheid - Oostenrijk'
http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_aus_nl.htm

Questionnaire 'Ouderlijke verantwoordelijkheid - Portugal'
http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_por_nl.htm